





N3-41

Revista
da
Faculdade de Direito

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL

VICE DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAIID

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. GOFFREDO TELLES JÚNIOR
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES
DR. ALFREDO BUZAIID
DR. MOACYR AMARAL SANTOS

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1869-1944)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
ENRICO TULLIO LIEBMAN

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1958)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA

PROFESSORES JUBILADOS

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO
DR. SPENCER VAMPRE
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA
DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. VICENTE RÃO
DR. JORGE AMERICANO
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo
DR. ERNESTO LEME de Direito Comercial
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO de Direito Comercial
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR de Legislação Social
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciência das Finanças
DR. CANDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUIS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Judiciário Civil
DR. MOACIR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. NICOLAU NAZO de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil

LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO de Direito Judiciário Penal
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR de Direito Constitucional
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Internacional Privado e de Direito Civil
DR. LUÍS ARAÚJO CORREA DE BRITO de Direito Internacional Privado
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal
DR. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS de Introdução à Ciência do Direito
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil
DR. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social
DR. MOACIR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil
DR. RUI BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro

SECRETÁRIO

SR. FLÁVIO MENDES.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LIX

1964

EM HOMENAGEM AO JUBILEU DE CÁTEDRA
DO PROFESSOR CANUTO MENDES DE ALMEIDA.



Comissão de Redação.

Professôres:

Dr. Basileu Garcia.

Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira.

Dr. Miguel Reale.

Secretária de Redação:

Maria Angélica Rebello.



HOMENAGEM.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Filho do dr. Ângelo Mendes de Almeida e de D. Jesuína de Figueiredo Mendes de Almeida; sobrinho neto de João Mendes de Almeida Júnior e de Francisco de Pennaforte Mendes de Almeida; neto de João Mendes de Almeida; sobrinho neto de Cândido Mendes de Almeida, todos juristas.

Nasceu a 28 de abril de 1906, em S. Paulo; cursou o Ginásio Nossa Senhora do Carmo, das Irmãs Maristas, e o Externato Alfredo Paulino, iniciando seu curso, na Faculdade de Direito, em 1925, concluído em 1929.

Promotor Público, de Capão Bonito, em 1930, de Tatuí, de 1930 a 1932, e, da Capital (Terceira Promotoria), até 1939, prestou concursos à livre-docência em 1937 e à cátedra, em 1939, de Direito Judiciário Penal, integrando desde então a Congregação.

Foi professor de História do Direito Nacional no Curso de Doutorado, durante três anos, até 1961, e, atualmente, de Teoria Geral do Processo Penal, no Curso de Especialização.

É, desde a fundação do estabelecimento, há cerca de oito anos, professor de Processo Civil e Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Secretário do Governo do Estado de S. Paulo, quando Governador o professor Lucas Nogueira Garcês, em 1951 e 1952, ocupou interinamente, nesse período, por duas vêzes, a Secretaria do Trabalho.

Em 1951, participou do primeiro Congresso Hispano Luso Brasileiro de Direito Internacional, em Madrid, tendo sido designado secretário do Instituto Hispano Luso Brasileiro de Direito Internacional, na pendência da realização, em S. Paulo, do segundo Congresso, para efetividade do qual deu decisiva cooperação. Em 1953 e 1956 foi delegado

do Brasil na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU); em 1959, delegado do Brasil à Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho (OIT); e em 1962, integrou a Comissão de Segurança da Organização dos Estados Americanos, criada por determinação da Conferência de Punta del Este.

Em 1961, exerceu o cargo de Procurador Geral da República, durante o Govêrno do presidente Jânio da Silva Quadros.

É sócio do Instituto dos Advogados, do Instituto Histórico e Geográfico de S. Paulo, e de outros sodalícios.

Bibliografia.

Além de inúmeros artigos publicados em revistas nacionais e estrangeiras, o Prof. CANUTO MENDES DE ALMEIDA publicou várias obras e integrou a comissão elaboradora do Anteprojeto da atual Lei de Falências.

PRINCIPAIS OBRAS :

Ação Penal; análises e confrontos; dissertação para concurso à cátedra de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, Rev. dos Tribunais, 1938.

Cinema contra Cinema; Bases gerais para um esboço de organização do Cinema Educativo no Brasil; Cia. Edit. Nacional, S. Paulo, 1931. (Menção honrosa da Academia Brasileira de Letras em 1961.)

A contrariedade na instrução criminal; dissertação para concurso à livre docência de Direito Judiciário Penal, da Faculdade de Direito da Univ. de S. Paulo, Cruzeiro do Sul, 1937.

Estudo sôbre inquérito policial; Tipogr. do Gabinete de Investigações, S. Paulo, s/data.

Falsidade parcial de papel particular; (Alegações), Empresa Gráfica da Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1934.

Le droit comparé du travail.

Alexandre Berenstein

Doyen de la Faculté de Droit de Genève.

I.

Il y a peu de temps encore, le droit du travail constituait un chapitre accessoire d'autres branches du droit: il était mélangé pour partie au droit public, pour partie au droit privé. Il était lié aussi à la "législation industrielle", qui comprenait tous les aspects de la vie de l'entreprise, dont le droit du travail était l'un parmi d'autres.

Mais au cours des années récentes, le droit du travail s'est puissamment développé, et nul ne conteste plus actuellement son caractère d'originalité, qui en fait une branche à part de la science du droit. Deux phénomènes ont contribué à ce développement: d'une part, l'interventionnisme, qui a été préconisé par de nombreux théoriciens dès le début du XIXe. siècle, puis le fait syndical, qui est l'autre phénomène ayant marqué de son sceau le droit du travail.

Il n'est pas nécessaire d'insister très longuement sur les caractéristiques de l'interventionnisme, dont les premiers promoteurs ont été SISMONDI et ROBERT OWEN. Qu'il nous suffise de rappeler que c'est à la suite des abus engendrés par la révolution industrielle dans les pays européens à la fin du XVIIIe. et au XIXe. siècle que l'État a, dans tous ces pays, et, ultérieurement, dans le reste du monde, été amené à accorder sa protection aux travailleurs.

Le phénomène syndical a la même origine. En dépit des interdictions décrétées par le pouvoir de l'État, les travailleurs eux-mêmes se sont groupés pour constituer des

coalitions et des syndicats et pour essayer de lutter à armes égales avec les employeurs. De là sont nées les mouvements revendicatifs des travailleurs, de là sont nées les grèves, et par contrecoup également les conventions collectives de travail. Le but de la grève n'est-il pas le plus souvent d'obtenir des employeurs l'engagement d'observer dans le domaine des conditions de travail certaines normes dont l'adoption est réclamée par les ouvriers? Que l'accord soit réalisé, il se concrétisera dans un contrat conclu entre employeurs et association ouvrière, dans une convention collective de travail. Et c'est pourquoi, dans la plupart des pays, les conventions collectives sont nées en quelque sorte spontanément, sans l'intervention du législateur. Il en a été ainsi dans tous les pays européens. Font seuls exception les pays dont l'industrialisation est plus récente, comme le Brésil, et où c'est l'exemple de la législation étrangère, c'est-à-dire le droit comparé, qui a conduit les pouvoirs publics à inscrire les conventions collectives de travail dans la loi avant qu'elles aient pu prendre naissance spontanément. Il n'en demeure pas moins que dans beaucoup d'autres pays, le législateur, s'apercevant de l'existence des conventions collectives et de l'extension qu'elles avaient prises, a cherché à les soumettre à une réglementation, se rendant compte que s'il ne le faisait pas, tout un secteur important du droit du travail échapperait à son emprise.

Actuellement, le droit du travail est partout constitué en une discipline qui comprend certes du droit public et du droit privé, mais qui n'est pas une sous-catégorie de l'un ou de l'autre de ces secteurs du droit, car elle constitue un tout harmonieux, qui, contenant de telles règles contient aussi des règles d'un troisième domaine du droit, qu'on appelle souvent le droit "autonome"¹, c'est-à-dire des règles de droit qui n'émanent pas des pouvoirs publics, mais qui ont été créées par des groupements d'individus. Il existe, nous

1. Voir par exemple HUGO SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2me. éd., p. 43.

venons de le voir, des lois de l'État sur les conventions collectives — lois qui font partie intégrante du droit du travail — mais les textes auxquels ces règles s'appliquent, les conventions collectives de travail, constituent eux-mêmes des règles de droit qui forment une partie importante de cette discipline juridique. En effet, depuis longtemps déjà, on a admis que les conventions collectives ne sont pas de simples contrats, mais qu'elles remplissent dans la plupart des cas une fonction qui est celle de la loi: elles posent des règles générales et permanentes qui vont s'appliquer à toute une catégorie de personnes sans que le consentement individuel de chacune de ces personnes soit requis.

L'étude du contenu des conventions collectives, des règles normatives qu'elles posent pour toute une catégorie d'individus, de même que des structures qu'elles organisent dans les rapports entre employeurs et travailleurs, cette étude est aussi celle de règles de droit comme celle de la loi.

Il convient d'ajouter que le droit du travail acquiert une place éminente dans la science juridique, parce qu'il s'applique à l'homme et à son activité.

Quoi de plus passionnant que d'étudier les règles qui viennent régir le travail de l'homme et qui par là même déterminent le genre de vie de toute une population? Que les règles du droit du travail prévoient une durée du travail de 7 heures au lieu de 11 heures par jour, c'est le mode d'existence de tout un peuple qui peut s'en trouver bouleversé. Qu'elles accordent des vacances payées, de nouveau c'est l'ensemble du pays qui ressentira les conséquences des dispositions contenues à cet égard soit dans la loi, soit dans les conventions collectives qui réglementent cette matière. Qu'elles prévoient la participation des travailleurs à la gestion des entreprises, c'est tout le principe de la "libre entreprise", de l'autonomie de la volonté du patronat dans la direction de l'entreprise, qui peut s'en trouver affecté, et les bases mêmes de la structure économique peuvent ainsi être transformées.

II.

Le droit du travail s'est, bien entendu, développé à l'intérieur de chaque pays, mais il s'est aussi développé internationalement, surtout depuis la création en 1919 de l'Organisation Internationale du Travail. Et c'est pourquoi l'étude du droit comparé du travail revêt un intérêt tout particulier.

Mais, avant de nous pencher sur le droit comparé du travail, il nous faut tout d'abord nous demander ce qu'il y a lieu d'entendre par le "droit comparé" tout court.

Les auteurs l'ont défini diversement. Nous citerons par exemple EDOUARD LAMBERT, l'ancien directeur du célèbre Institut de droit comparé de l'Université de Lyon, qui déclarait ce qui suit :

"Le droit comparé a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'il compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes communes à ces législations et de l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particularisme"².

Il ne semble pas que cette vue du droit comparé puisse être appliquée telle quelle au droit du travail. Il ne s'agit pas d'utiliser le droit comparé, c'est-à-dire l'étude des droits nationaux des différents pays, à la recherche d'une conception commune, qui soit en quelque sorte le dernier mot de la sagesse humaine, afin d'unifier sur cette base les différentes lois. En effet, ce serait adopter une conception statique, alors que le droit du travail est une branche avant tout dynamique. Il s'agit d'améliorer toujours, de

2. EDOUARD LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, p. 916.

progresser, et de rechercher dans les droits des pays étrangers quelles sont les innovations qui y ont été introduites, afin d'examiner dans quelle mesure ces innovations peuvent servir au développement du droit national.

Mais le droit comparé a aussi une autre fonction : son étude permet de se rendre compte de la relativité des notions juridiques admises dans les différents pays : relativité en ce sens qu'il n'y a pas de notion juridique absolue qui vaille par elle-même. Le droit n'est que le reflet de la vie sociale. Nous venons d'en voir une preuve dans l'étude de l'origine des conventions collectives de travail. Le droit du travail, quant à lui, est une branche particulièrement concrète du droit — branche, qui, plus, qu'une autre, subit les contrecoups des phénomènes sociaux. Que l'on compare par exemple le contrat de vente au contrat de travail ! Le contrat de vente, dans son principe, n'a que peu varié depuis les temps du droit romain ; il repose avant tout sur des principes abstraits qu'étudie un pur juriste, comme le transfert de la propriété, le transfert des risques de la chose vendue. En revanche, le contrat de travail reposant sur une base plus concrète, ce n'est pas seulement par l'analyse juridique proprement dite qu'on parviendra à modeler les dispositions législatives qui s'y rapportent. Il y faut autre chose. Il y faut une connaissance intime des rapports sociaux ; il faut tenir compte des revendications ouvrières et des résistances patronales ; il faut, en un mot, se plier à la situation sociale.

MONTESQUIEU disait déjà que les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. Mais précisément en ce qui concerne les rapports sociaux que régit le droit du travail, la nature des choses varie énormément selon les époques et les pays, et le droit lui-même varie avec elle.

C'est donc dire que l'étude du droit comparé ne saurait avoir pour but, dans la situation actuelle de l'humanité, d'instaurer des règles identiques pour l'ensemble des hommes. Ce qui est bon en France n'est pas forcément bon en

Suisse ou au Brésil; à plus forte raison n'est-ce pas forcément bon au Congo!

RAYMOND SALEILLES a déclaré que le droit comparé doit découvrir, par delà la loi positive, le "devoir social", la loi future. Et il ajoutait que c'est la répercussion des lois dans le domaine social qui doit être en quelque sorte mesurée afin de constater, d'une manière aussi expérimentale que possible, si l'institution correspond exactement au besoin pour la satisfaction duquel elle a été créée³.

C'est, croyons-nous, précisément dans ce sens que le droit comparé du travail a son utilité. Il permet au législateur d'un pays d'examiner les législations étrangères afin de rechercher des modèles dont il pourrait s'inspirer. Mais le législateur ne pourra jamais reprendre telle quelle une institution étrangère sans examiner si son introduction dans le pays sera conforme au contexte social et économique de ce pays.

III.

Le droit comparé du travail n'a pas attendu de faire l'objet d'une étude scientifique pour servir à l'avancement de la législation. Depuis les débuts de la législation du travail, les lois de différents pays ont servi de modèles aux autres pays. Les lois anglaises, les premiers *Factory Acts*, qui, au début du XIXe siècle, ont réalisé pour la première fois la protection légale des enfants et des femmes dans les fabriques, ont été à l'origine de lois semblables qui, peu d'années après, ont été adoptées en Allemagne, en Suisse, en France puis dans les autres pays du monde. L'Angleterre est en effet le pays où la révolution industrielle, consécutive à la découverte de la machine à vapeur, est apparue en premier lieu, et aussi le pays où l'exploitation des enfants

3. *Bulletin de la Société de législation comparée* 1900, p. 390, et *Revue trimestrielle de droit civil* (I) 1902, p. 110.

(Cité par G. SAUSER-HALL, *Fonction et méthode du droit comparé*, p. 73 ss).

et des femmes dans les fabriques s'est produite en premier lieu. Les abus qui se sont produits alors ont été décrits par des économistes comme MARX et ENGELS, par des écrivains comme CHARLES DICKENS. Il se faisait un véritable commerce d'enfants qui, trop souvent, étaient traités comme des esclaves, qui travaillaient jour et nuit sans prendre de repos et qu'on enchaînait pour les empêcher de s'enfuir. Il n'est que trop naturel qu'après de longues péripéties, on ait finalement été amené à adopter une législation protectrice de ces enfants en limitant la durée du travail et en fixant un âge minimum d'admission au travail. Tel fut l'objet de lois qui se succédèrent dès 1802 et surtout dès 1833 jusqu'en 1853. C'est donc à juste titre que KARL MARX pouvait écrire que la législation de fabrique est un fruit tout aussi nécessaire de la grande industrie que les filés de coton, les machines automatiques et le télégraphe électrique⁴.

Après que des abus semblables se furent manifestés sur le continent européen, on s'y rendit compte également de la nécessité de légiférer pour, sinon les supprimer, tout au moins les atténuer. Et c'est ainsi que fut adopté en Prusse le fameux *Regulativ* du 9 mars 1839 qui, à l'instar de la législation anglaise, limitait à 10 heures par jour la durée du travail des enfants de 9 à 16 ans. L'un des promoteurs de la législation du travail, et en même temps le pionnier de la législation sociale internationale, DANIEL LE GRAND, un Français d'origine suisse, prit prétexte de ce *Regulativ* pour inviter tous les États d'Allemagne, de Suisse, ainsi que la France, à s'en inspirer.

C'est en Suisse que pour la première fois fut adoptée une loi limitant la durée du travail de tous les adultes, durée fixée à 13 à 14 heures par jour; il s'agit d'une ordonnance de 1846 prise dans le canton de Glaris. En 1863, dans ce même canton suisse, quatre ouvriers de fabrique d'un petit bourg demandèrent au Parlement cantonal de suivre

4. *Das Kapital*, 1^{er}. vol., titre IV, chap. 13,9.

l'exemple de l'Angleterre, l'État industriel le plus grand du monde qui, disaient-ils, a reconnu la nécessité d'imposer certaines restrictions à son industrie grandissante dans l'intérêt de la population qui y est occupée. Le Parlement cantonal nomma une commission qui fut chargée d'étudier ce problème et à la suite des travaux de cette commission, il élaborait un projet de loi qui fut approuvé par la *Landsgemeinde*, l'assemblée générale des citoyens, en 1864, et cette même loi, inspirée en partie de la législation anglaise, mais allant plus loin qu'elle sur certains points, eut à son tour une influence décisive tout d'abord sur la législation des autres cantons suisses et sur le droit fédéral, puisqu'elle fut à l'origine de la première loi fédérale sur le travail dans les fabriques, mais elle exerça également une influence sur la législation de divers pays étrangers, car pour la première fois cette loi réglementait la durée du travail dans toutes les fabriques et pour tous les ouvriers sans exception.

Cette influence réciproque des législations nationales les unes sur les autres est une manifestation du droit comparé; l'étude et la connaissance des droits étrangers ont ainsi encouragé et facilité le progrès des droits nationaux.

IV.

Aux exemples que nous venons de donner, on pourrait sans doute en ajouter une longue liste. Mais il convient de signaler qu'un autre phénomène est venu accroître l'importance du droit comparé. Ce phénomène, c'est le développement que le droit international a pris dans le domaine du travail. Le droit international du travail ne saurait être dissocié du droit comparé. En effet, dans le domaine du droit du travail, les règles contenues dans les conventions internationales ont pour but avant tout, non pas tant de poser des normes juridiques applicables aux rapports entre les États, que d'inscrire des règles uniformes

dans le droit interne des différents États, de façon à créer un droit commun du travail.

Bien entendu, le droit comparé est d'une utilité primordiale pour l'élaboration des conventions et recommandations internationales du travail. Il n'est pas possible de présenter des propositions à la Conférence internationale du travail sans les faire précéder d'une étude approfondie des différents systèmes nationaux, tant au point de vue législatif que, le cas échéant, dans le domaine des conventions collectives de travail, sur le problème en question. Il faut en effet connaître ce qui existe dans les différents pays et dans les différents systèmes juridiques pour savoir si les propositions que l'on désire présenter ont des chances d'être acceptées. Il faut aussi étudier à fond les législations existantes pour essayer d'y trouver des suggestions touchant la réglementation internationale à proposer.

Et c'est ainsi que les conventions internationales reprennent, afin de les incorporer dans leur texte, des règles qui, pour la plupart, sont déjà inscrites dans les lois nationales. Ces règles, on les retrouve par la suite, ayant été rebaptisées règles de droit international, dans les législations de nombreux autres pays. Ces autres pays sont naturellement ceux qui ont ratifié la convention dont il s'agit et en ont transplanté les clauses dans le droit national; mais très souvent ce sont aussi des pays qui n'ont pas ratifié la convention mais qui, recherchant un modèle pour les besoins de leur législation interne, se sont naturellement tournés vers les règles internationales et y ont trouvé ce modèle qu'ils ont peut être modifié quelque peu, auquel ils ont apporté quelques retouches pour l'adapter à leur taille et à leur pointure, mais dont ils ont tout de même repris l'essentiel.

On pourrait citer de nombreux exemples de ce phénomène. Nous en donnerons un seul, qui est extrêmement curieux, et qui est en même temps caractéristique. Pendant la dernière guerre mondiale, la Suisse, qui n'a pas d'accès direct à la mer, mais qui a tout de même un port sur le Rhin.

Bâle, a décidé de créer une flotte, qui pût naviguer sur les océans et lui apporter son ravitaillement. Il fallut donc créer une marine marchande, un registre suisse des bateaux, et il fallut créer en même temps une législation maritime. Il était évidemment difficile à un pays qui n'avait jamais eu de marine nationale de fabriquer de toutes pièces et d'urgence un code maritime. La Suisse a donc décidé, dans le domaine du travail maritime, de déclarer obligatoires sur son territoire un certain nombre de conventions internationales adoptées par la Conférence internationale du travail. Ces conventions ont été ainsi déclarées obligatoires sans que la Suisse les ait ratifiées, c'est-à-dire qu'elles ont été déclarées obligatoires sur le plan interne et non sur le plan international; elles ont été incorporées au droit interne, à l'égal d'une loi nationale. En effet, le gouvernement suisse ne savait pas encore si la création de la flotte suisse était une mesure provisoire, destinée à durer seulement pendant la guerre, mais qui prendrait fin une fois la guerre terminée, ou si au contraire cette flotte serait maintenue (ce qui a été effectivement le cas). Et puis, il fallait aussi prendre le temps de la réflexion et de l'expérience pour établir une législation définitive. Ce qui était particulièrement curieux dans le système adopté, c'est qu'on introduisait dans le droit national des textes rédigés en français et en anglais, alors que les lois suisses sont rédigées en allemand, en français et en italien. Par conséquent, pour l'interprétation de cette législation nationale, les tribunaux devaient le cas échéant rechercher le sens du texte anglais de la convention, texte qui a la même valeur que le texte français.

V.

Si, dans une recherche de droit comparé du travail, on examine les institutions des différents pays, on constate que des problèmes de même nature se sont posés dans tous les pays qui ont un développement industriel analogue.

C'est ainsi que les mêmes phénomènes et les mêmes causes ont conduit dans les différents pays à l'écllosion des conventions collectives de travail. Mais ces conventions ont une efficacité juridique diverse, qui varie selon la nature des systèmes juridiques en vigueur dans chaque pays, selon le tempérament juridique de chaque pays.

Dans les pays de *common law*, comme la Grande-Bretagne, la loi ne réglemente pas la convention collective, laissant aux organisations professionnelles le soin d'en assurer elles-mêmes l'exécution. Mais dans la plupart des pays, la convention collective est réglementée, en ce sens que le législateur en fixe notamment l'effet normatif; il prévoit que les normes juridiques applicables aux rapports entre les parties aux contrats individuels de travail soumis au contrat collectif seront fondées non pas sur le contrat individuel, mais bien sur le contrat collectif dans toute la mesure où le contrat individuel déroge à ce dernier. Dans un premier groupe de ces pays, l'intervention de l'État en cette matière est limitée à une telle règle; il s'agit des pays à tendances dites libérales, comme la Suisse. Dans d'autres pays, comme la France, l'État intervient d'une façon plus active dans la formation des rapports collectifs du travail. Il impose par exemple aux parties à la convention collective l'obligation de la rendre publique; toute organisation syndicale, même si elle est en dehors du cercle des parties contractantes, peut alors adhérer à la convention; la convention liant l'employeur doit être appliquée par lui à tous ses travailleurs, même non membres de l'organisation contractante; autrement dit, la convention collective déborde du cadre de l'autonomie de la volonté des parties contractantes pour sortir des effets en dehors de ce cadre. Lorsque les conventions collectives ont fait l'objet d'une décision d'extension aux tiers, décrétée par l'autorité publique, ces conventions sont, dans ce dernier système, assimilées au droit public, en ce sens que leur violation déclenche l'intervention de l'appareil punitif de l'État. Enfin, dans un

dernier groupe de pays, la convention collective s'applique automatiquement à toute la catégorie des employeurs et des travailleurs intéressés. C'est notamment le cas en vertu de la législation argentine.

Voilà donc quatre types de systèmes de conventions collectives bien distincts; dans l'un, le système britannique, la loi n'intervient pas du tout; dans le second, le système suisse, l'intervention du législateur est réduite au minimum; dans le troisième, le système français, l'État abandonne aux parties à la convention collective une compétence quasi législative non seulement sur les membres du groupe que représentent les individus qui ont conclu la convention, mais aussi sur des cercles de personnes qui sont en dehors des groupements contractants, enfin, dans la législation argentine, par exemple, les auteurs des conventions collectives de travail ont une véritable compétence législative.

Et cependant, on a souvent constaté que sans disposition légale, les conventions collectives anglaises, les *collective agreements*, étaient respectées tout autant et souvent même mieux que dans les pays où le législateur a fait à ces conventions une place dans le système juridique national. Considérées comme des *gentlemen's agreements*, les conventions collectives anglaises acquièrent toute la valeur qu'a un *gentlemen's agreement*, lorsqu'il a été réellement conclu par des *gentlemen*. Et l'on peut en déduire que pour étudier le droit comparé du travail, l'analyse des lois ne suffit pas; cette analyse toute nue pourrait fournir une idée fautive de la situation réelle. C'est pourquoi aussi le comparatiste ne peut se passer de la pratique d'une autre discipline, la sociologie. Cela est vrai surtout dans le domaine du travail, puisque nous avons vu que le droit du travail plus qu'une autre branche du droit est une branche proche de la réalité sociale et qui se modèle sur la vie sociale. Le droit du travail est ainsi intimement lié à la sociologie, et c'est grâce aux lumières que lui donne cette dernière science que le comparatiste pourra faire oeuvre utile. C'est en effet le

sociologue — le spécialiste de la sociologie juridique qui pourra expliquer la valeur, l'efficacité des dispositions légales ou des dispositions conventionnelles.

Mais il existe une telle interaction entre les différents systèmes juridiques que même en Angleterre, au cours des années récentes, la législation dans le domaine du travail a pris une très grande extension et que les décisions des conseils de salaires, des *Wage Boards*, composés des représentants des employeurs et des salariés et de personnes indépendantes, ont, en vertu de la législation, reçu des effets de droit public. Dans une série de branches professionnelles comme le commerce, l'hôtellerie, l'agriculture, c'est-à-dire dans les branches sur lesquelles les conventions collectives n'ont que peu de prise, on a assisté à ce phénomène; et c'est alors ce système mixte, qui mêle la loi et la convention, qui permet d'assurer la protection des travailleurs.

Les Anglais sont des gens pratiques et pragmatiques. Dans la mesure où leur système du *collective bargaining* ne permet pas d'assurer une protection suffisante, dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, ils s'écartent de leur système traditionnel et font usage de règles de droit public. Il appartiendra au sociologue d'expliquer, ce qui sera d'ailleurs assez facile, les raisons pour lesquelles le système de la négociation collective n'a pu être appliqué avec efficacité dans certaines branches de la vie professionnelle, notamment dans celles dans lesquelles les travailleurs et quelquefois même les employeurs sont mal organisés, ce qui a amené les intéressés à obtenir le remplacement de ce système par un système appelant l'intervention de l'État.

VI.

Si l'étude comparée des règles juridiques relatives aux conventions collectives de travail constitue un facteur enrichissant et stimulant pour le juriste du travail, pour le

“travailleuse”, il convient d’étudier de la même façon la mesure dans laquelle, dans chaque pays, les règles normatives du droit du travail sont réparties entre la loi et la convention collective de travail.

Aucun pays ne peut, croyons-nous, se passer tant de la loi que de la convention collective de travail. Toutes deux sont indispensables, la loi fixant un minimum de protection, dont la nécessité apparaît à deux points de vue: tout d’abord dans la mesure où certains travailleurs ou certaines catégories de travailleurs ne bénéficient pas de la protection de conventions collectives, soit parce qu’il s’agit de travailleurs qui, pour une raison quelconque, ne sont pas organisés, soit que la branche dans laquelle ils travaillent ne possède pas une telle convention. La deuxième raison pour laquelle la loi est indispensable, c’est que les conventions collectives ne sont pas conclues pour l’éternité. Il peut arriver un jour qu’elles soient dénoncées et qu’elles ne soient pas remplacées. Que se passerait-il s’il n’y avait pas de protection légale? Ce serait le vide, le chaos. On peut craindre surtout qu’en période de *récession* économique, les employeurs ne dénoncent ces conventions, et à ce moment la protection légale retrouvera toute son utilité.

Tout cela est certes incontestable. Mais il n’en demeure pas moins que, dans chaque cas concret, l’on doit discuter de la mesure dans laquelle la loi doit prévaloir sur la convention collective. Certains pays prévoient une protection légale très stricte, qui laisse peu de champ à la convention collective. D’autres, au contraire — et ce sont naturellement ceux où les conventions collectives se sont le plus développées et ont accordé le plus d’avantages aux travailleurs, leur laissent un champ d’action beaucoup plus large. Dans certains pays, la convention collective peut même déroger à la loi. Dans ce cas, de nouveau, la tâche du comparatiste sera délicate; il lui appartiendra d’examiner si de telles dérogations ne sont autorisées que lorsque la convention collective accorde aux travailleurs une protection tout aussi

efficace, ou si, au contraire, la convention collective peut déroger à toute disposition légale même plus favorable, et dans ce dernier cas il sera utile d'examiner si les conventions comportant de telles dérogations ont bien été conclues par des syndicats régulièrement constitués. On voit donc qu'ici le simple examen des textes ne suffit pas. Le comparatiste doit pousser plus loin ses recherches.

VII.

A propos des conventions collectives, il convient d'examiner rapidement un autre problème encore. Celui de l'étude des structures juridiques créées par la convention collective de travail. Dans certains pays comme la Suisse, les conventions collectives de travail édifient tout un système de rapports juridiques entre employeurs et travailleurs, des commissions paritaires destinées à surveiller l'exécution de la convention, des tribunaux arbitraux, des caisses de compensation, etc.. L'étude des conventions collectives ne sert pas à grand chose si l'on ne connaît pas le fonctionnement de ces organes. Sont-ce des textes pour la *parade*, ou sont-ce des textes qui expriment une *réalité* sous-jacente, la volonté fermement arrêtée des employeurs et des travailleurs de régler leurs rapports sur la base de la convention collective et par de libres discussions. Si nous avons dit tout à l'heure que le juriste doit être aidé du sociologue, le sociologue de son côté trouve, ou devrait trouver, une inspiration dans l'étude du droit comparé du travail: le sociologue, ou le juriste sociologue — car pourquoi le juriste ne serait-il pas lui-même doublé d'un sociologue?

VIII.

Enfin, dernier problème qui retiendra brièvement notre attention: le mode de règlement des conflits collectifs du

travail. Dans certains pays, ces conflits sont réglés par l'arbitrage obligatoire (Australie, Nouvelle Zélande). Ailleurs, employeurs et travailleurs sont opposés à l'arbitrage obligatoire imposé par l'État, mais ils instituent quelquefois eux-mêmes un tel arbitrage. Dans d'autres pays, la grève et le lock-out sont seuls *l'ultima ratio* des "partenaires sociaux".

Quel riche champ d'investigations pour le juriste sociologue! Pourquoi donc l'arbitrage obligatoire, refusé lorsqu'il est organisé par l'État, est-il accepté dans une convention collective? Souvent parce qu'il n'est prévu que dans une mesure et pour une durée limitée dans une convention qui pourra être dénoncée. C'est la soupape de sûreté, qui a été prévue mais qui souvent n'est guère utilisée.

IX.

Il nous reste à dire quelques mots des *instruments* du droit comparé du travail.

Il convient de mentionner tout d'abord à cet égard les *Actes des Congrès internationaux*. Jusqu'ici quatre Congrès internationaux de droit social ou de droit du travail se sont réunis: le premier à Trieste (Italie) en 1951; le second à São Paulo, en 1954; le troisième à Genève (Suisse), en 1957; et le quatrième à Bruxelles (Belgique), en 1958; en attendant le cinquième qui siégera à Lyon (France), en 1963, sous les auspices de la Société internationale de droit du travail et de la sécurité sociale, présidée par le Prof. O. KAHN-FREUND (Londres) et dont le Prof. CESARINO JR. est l'un des présidents d'honneur.

Les Congrès internationaux de droit du travail sont en réalité avant tout des congrès de droit comparé du travail.

Si nous prenons comme exemple les deux Congrès les plus récents, celui de Genève et celui de Bruxelles, on y trouve, sur des questions déterminées, par exemple sur les

conventions collectives, des rapports nationaux décrivant la situation dans les différents pays du monde, et des rapports généraux faisant la synthèse de ces rapports nationaux. Tous ces rapports constituent une matière précieuse pour le comparatiste; ils le sont parce qu'ils ont été rédigés par des représentants de chaque pays connaissant particulièrement bien la matière. Le droit comparé est une science très difficile, et le juriste qui entend traiter un problème intéressant un pays étranger risque fort de se tromper; même s'il connaît la loi, il peut errer dans son interprétation, ignorer la jurisprudence, néconnaître l'application pratique. Il vaut beaucoup mieux dans ces cas s'en remettre à un spécialiste du pays même dont l'on entend étudier le système juridique.

A côté des Congrès internationaux de droit du travail et du droit social, il faut citer encore les Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, qui sont consacrés à toutes les branches du droit, et non pas au seul droit du travail. Toutefois, les rapports présentés à ces Congrès n'ont malheureusement pas été tous publiés.

Pour l'étude des textes législatifs des différents pays, il existe un instrument particulièrement utile: la *Série législative* du Bureau international du travail. Depuis sa création en 1920, le Bureau international du travail a pris la suite de l'association privée qui en a été le précurseur, l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs (actuellement Association internationale pour le progrès social), créée en 1900 et dont le secrétariat international, sis à Bâle, publiait un bulletin contenant en plusieurs langues le texte des lois des différents pays dans le domaine du travail. Dès cette époque en effet, on avait compris l'intérêt du droit comparé dans le domaine du travail et, avant l'adoption des premières conventions internationales du travail, on avait pensé que la tâche la plus urgente était de faire connaître sur le plan international les lois et ordonnances les plus importantes. Le Bureau inter-

national du travail publie actuellement en trois langues, français, anglais, espagnol, dans cette *Série législative*, tous les textes de lois. Et c'est ainsi que, dans le domaine du travail et de la sécurité sociale, plus que dans n'importe quel autre domaine juridique, il est facile de trouver immédiatement le texte d'une loi de n'importe quel pays du monde.

Une autre source de documentation réside dans les rapports de la Conférence internationale du travail. Avant chaque réunion de la Conférence, le Bureau international du travail publie sur les sujets qui ont été mis à l'ordre du jour pour faire l'objet de projets de conventions ou recommandations, un volume contenant un résumé des législations nationales sur le problème soumis à discussion. On peut consulter avec profit ces rapports qui donnent un aperçu synthétique de la législation et souvent de la pratique des différents pays au sujet du problème étudié.

Il existait avant la dernière guerre un *Recueil international de jurisprudence du travail*, publié également par le Bureau international du travail. Malheureusement, ce recueil a cessé de paraître.

Enfin, il convient de signaler les revues qui publient des articles sur le droit du travail dans les différents pays du monde. Il y a tout d'abord une revue spéciale, la *Rivista di Diritto internazionale e comparato del Lavoro*, publiée par le Prof. RENATO BALZARINI; et d'autre part la revue publiée par le Bureau international du travail, la *Revue internationale du travail*, qui, bien qu'elle s'occupe pas seulement de problèmes juridiques, contient de nombreuses études sur la législation du travail dans divers pays. En dehors de la documentation du Bureau international du travail, il ne convient pas d'oublier les documents établis par les organismes régionaux, comme les organisations européennes, la Communauté européenne du charbon et de l'acier et la Communauté économique européenne, soit encore l'Union Panaméricaine. Ces différentes organisations

intergouvernementales ont procédé à d'importantes études dans le domaine du droit comparé du travail.

La documentation dans ce domaine est donc assez facilement accessible. Il convient de l'utiliser. Pour l'instant, le droit comparé du travail n'a pas encore suscité de recherches très étendues. Le champ est donc en friche. Il appartient aux jeunes de le défricher et de le cultiver. Il y a beaucoup à faire dans cette direction et les efforts des chercheurs seront vite récompensés.

Direito exclusivos do Estado à exploração da sua plataforma continental*.

Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano

Catedrática de Direito Internacional Público e Livre-Docente de Direito Internacional Privado, da Faculdade de Direito de Pelotas, da Universidade do R. G. do Sul.

1. Todos sabemos que as novas técnicas de exploração dos recursos naturais do fundo do mar e das águas marítimas fizeram com que êsses recursos fôsem considerados relevante fator econômico na vida dos povos modernos, que se encontram empenhados na grande batalha do enriquecimento nacional e, sobretudo, da alimentação da espécie humana.

Não se chegou, ainda, no plano internacional, à regulamentação completa e precisa da totalidade dos problemas decorrentes da exploração dos recursos naturais do mar e da porção de terra que sob êle se oculta.

É possível que durante muitos anos não encontremos a chave definitiva de todos êsses pequenos problemas, que se somam uns aos outros e — por um fenômeno complexo de adição — passam a figurar entre os maiores problemas do Direito Internacional contemporâneo: a exploração e a defesa dos recursos naturais do mar e da plataforma continental.

Aqui, mais uma vez, a realidade vai à frente da regulamentação normativa do Direito:

* Exposição feita em 6 de junho de 1963, durante as II Jornadas Uruguaio-Brasileira de Direito Comparado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como Relatora do Brasil.

O Direito Internacional do Mar abriu, dessa forma, um novo “front”, na temática do Direito das Gentes. Mas, mesmo antes de serem resolvidas as questões assim equacionadas, a vida se encarregou de rasgar, nos espaços interplanetários, nova arena de competições.

Essas competições não se reduzem ao setor das pesquisas científicas ou das experiências militares. São, apenas, a antecâmara e o prólogo dos problemas decorrentes da exploração econômica do espaço sideral.

2. Aqui nos interessa, restritivamente, o estudo dos direitos do Estado à exploração dos recursos da sua plataforma continental e das águas que lhe são sobrejacentes.

Há dispositivos expressos, a propósito, como é notório, na Convenção de 29 de abril de 1958, celebrada em Genebra, durante a I Conferência das Nações Unidas sobre Direito Marítimo.

Partindo de uma definição do que se deve entender por plataforma continental, feita através do art. 1.º, da referida Convenção, não é difícil descobrir, desde logo, que o princípio fundamental adotado, a propósito, em 1958, faz com que a plataforma integre o território nacional, de forma a que os Estados costeiros exerçam, sobre ela, direitos soberanos e exclusivos, quer para o aproveitamento de seus recursos naturais, quer para fins de investigação científica, como decorrência de sua própria soberania.

O direito exclusivo do Estado costeiro, porém, ficou restrito à investigação e à exploração da plataforma. As águas sobrejacentes à mesma — na forma do art. 3.º, daquela Convenção — continuam sujeitas ao regime de alto mar.

Não se pode, pois, questionar sobre o fato de que constitui privilégio do Estado a utilização da sua plataforma.

Mas, também, não há dúvida de que as águas que cobrem a plataforma e o espaço aéreo que se superpõe a essas águas estão franqueadas ao uso internacional.

Na forma do art. 2.º, da Convenção sôbre o Alto Mar, adotada na mesma Conferência de 1958, ficou estipulado que as águas sobrejacentes à plataforma continental permanecem abertas à navegação, à pesca e ao lançamento de cabos e oleodutos submarinos.

A soberania do Estado costeiro — da qual deriva seu direito exclusivo de estudar e aproveitar econômicamente a plataforma — não se estende, portanto, às águas que a encobrem, nem ao espaço aéreo que se abre acima de tais águas.

3. É preciso esclarecer, no entanto, que se a pesca é permitida *nas águas* sobrejacentes à plataforma, não é possível — sem prévia autorização do Estado costeiro — qualquer tipo de exploração econômica dos recursos naturais do leito do mar ou do subsolo.

Nesse particular, o art. 1.º, item iv, da Convenção sôbre Plataforma Continental, é expresso, ao proibir a colheita de organismos vivos sedentários, isto é, que estejam imobilizados no leito do mar e no subsolo ou que não sejam capazes de se locomover, exceto em constante contato físico com o leito do mar ou com o subsolo.

É, precisamente, sôbre êsses princípios e sôbre essas normas internacionais que residem as bases de um dos mais recentes episódios da vida diplomática brasileira, conhecido, pitorescamente, como a “Guerra das Lagostas”.

4. Êsse episódio, é notório, resultou de haverem embarcações pesqueiras francesas, sem permissão do nosso Govêrno, realizado a colheita de lagostas navegando em águas sobrejacentes à plataforma continental do Brasil.

O incidente diplomático daí resultante mostra que a exploração econômica da plataforma — embora, claramente, definida pelos textos em vigor como direito soberano e exclusivo dos Estados — cria, na prática, certas dificuldades que só poderão ser bem resolvidas através dos esclareci-

mentos dados pelas ciências naturais e aplicadas, como disciplinas auxiliares de Direito Internacional.

A pedra de toque, nessa disputa, está, em última análise, em se saber se a lagosta é, ou não, classificada entre as *espécies sedentárias* que vivem na plataforma continental ou sobre ela se movem, constante a definição da Convenção de Genebra.

Essa foi a razão por que a imprensa de Paris — com seu espírito tipicamente francês — perguntou, em suas manchetes: — *Elle marche où elle nage?*

O fiel da balança, o veredicto do Direito Internacional dependia, pois, somente, da resposta dada a essa pergunta!

Tinham a palavra os naturalistas.

Mas, segundo se anunciou, houve divergências entre os próprios naturalistas, quanto ao assunto.

Mesmo que existissem dúvidas a propósito, pensamos nós, seria possível, em caráter subsidiário, examinar o problema da exploração da pesca da lagosta nas águas da plataforma continental sob outro ponto de vista, isto é, *sob o ponto de vista da técnica adotada pelos barcos pesqueiros para colheita do pescado.*

Se usarmos êsse critério (segundo as informações de que dispomos), observaremos que dois são os sistemas atualmente em uso para pesca da lagosta: covos e redes.

Os covos são grandes gaiolas colocadas no fundo do mar, isto, *na plataforma continental.*

As redes, por sua vez, são arrastadas *sobre a plataforma* para apreensão do pescado.

Ora, isso demonstra que, em qualquer das duas hipóteses, a plataforma está sendo utilizada durante a pesca. Está sendo invadida, aproveitada e — no caso do uso de redes — até mesmo depredada pela concomitante e inevitável destruição de outras espécies vivas, tipicamente sedentárias, cuja exploração, sem sombra de dúvida, está reservada, pela norma internacional, ao Estado costeiro.

Salvo se se aplicar outra técnica de pesca, portanto, mesmo que se admitisse, em princípio, face à Convenção de

Genebra, a pesca de lagostas nas águas da plataforma continental, a coleta desses crustáceos, sem permissão do Estado a que a mesma pertence, seria contrária às regras em vigor na comunidade internacional, como decorrência do princípio de que o uso e a exploração da plataforma constituem direito soberano e exclusivo do Estado, sendo inadmissível qualquer ato predatório ou de invasão dessa parte do território nacional.

5. A extensão de nossas costas, a extraordinária riqueza da plataforma continental e a circunstância de que essas riquezas ainda não são hábil e suficientemente exploradas no Brasil — como também acontece nos demais países da América Latina — sugerem-nos, pelo menos, duas recomendações.

A primeira, de ordem puramente econômica, aponta a conveniência de que os Estados se empenhem na exploração eficiente dos recursos naturais de sua plataforma. Daí decorrerão grandes vantagens para cada nação, em particular, e para a comunidade internacional.

A segunda, de ordem puramente jurídica, decorre da importância econômica da plataforma: os Estados americanos devem assegurar, em nome de seus direitos e de suas conveniências, tudo quanto disser respeito à prerrogativa de uso exclusivo da plataforma, inclusive no que concerne à interpretação ampliada dos textos atuais que sustentam tal privilégio.

Essas duas observações se vinculam.

E vinculam-se mais do que possa parecer à primeira vista.

As imensas riquezas da plataforma sulamericana chama a atenção de outras nações, melhor aparelhadas do que as nossas para as atividades pesqueiras e premidas — mais do que nós mesmos — por profundas e urgentes necessidades de alimentação e abastecimento das suas massas demográficas.

É preciso lembrar que a luta contra a fome é uma batalha tremenda em que o mundo se encontra empenhado e essa luta não é dêste ou daquele país, mas da humanidade inteira.

No plano interno, a Economia recomenda, a Política exige e o Direito procura realizar a melhor distribuição de riquezas, admitindo, inclusive, a legitimidade do direito de propriedade privada, apenas, quando esta fôr produtiva e útil. Pelo mesmo motivo, no campo do Direito Internacional, ninguém negará os aspectos chocantes do fato de que recursos vivos, altamente úteis, jazam inexplorados, no fundo do mar, enquanto há homens e povos que dêles necessitam para sua sobrevivência.

A exploração soberana e exclusiva da plataforma, garantida presentemente pelo texto da Convenção de Genebra, é decorrência do desenvolvimento do moderno Direito Internacional.

É preciso, porém, a dinamização dêsse direito do Estado, através do seu uso prático.

Só assim collocaremos, sôbre a plataforma continental, a marca candente do domínio utilizado, o que pode parecer irrelevante à luz do direito atual, mas que nos parece útil, quiçá indispensável, à luz do direito futuro e da Justiça Social aplicada — como disse, na *Mater et Magistra*, o saudoso e inesquecível Papa João xxiii — às relações entre os povos e os governos.

A política de proteção e elevação das raças exóticas do Brasil nos Séculos XVI a XVIII*.

Waldemar Ferreira

Professor Emérito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

§ 1.º

SUMÁRIO: 1. A raça encontrada pelos descobridores na Terra de Vera Cruz. 2. A carta de PERO VAZ DE CAMINHA. 3. O apêlo do cronista a El-rei em prol do gentio. 4. O abandono da terra recém descoberta. 5. O povoamento da costa do Brasil pelo regime das capitanias de juro e herdade. 6. A categoria da população da nova colônia lusitana. 7. A contingência e formas da escravização da raça indígena.

§ 2.º

8. O regimento do primeiro Governador Geral do Brasil. 9. A ruptura da paz reinante entre os colonos e o gentio. 10. A política de conversão dos índios à fé cristã. 11. O protesto dos jesuítas contra a escravização indígena pelo resgate. 12. Os africanos nos primeiros tempos da colônia. 13. A atuação da raça européia sobre a indígena nos três primeiros séculos da colônia.

§ 3.º

14. As dificuldades do cumprimento da libertação dos índios pela lei de 1696. 15. As provisões ditadas em 1605.

*. Relatório do Tema b) da III.^a Secção — *A Organização Social e o Direito*, do Temário do v.º Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, celebrado de 2 a 8 de setembro de 1963, em Coimbra.

16. *A atuação do PADRE ANTÔNIO VIEIRA na emergência.*
17. *A carência de sentido agrícola na exploração da indústria açucareira.* 18. *A decifração do enigma do sertão pelo bandeirismo paulista.* 19. *A divisão da colônia em dois Estados autônomos — o do Brasil e o do Maranhão.*
20. *O plano colonizador do Pará e Maranhão pelo PADRE ANTÔNIO VIEIRA.* 21. *A punição dos senhores no castigo excessivo de seus escravos.*

§ 4.º

22. *A diminuição da população gentia da costa do Brasil, por efeito da escravidão.* 23. *O direito de cidadania dos índios casados com vassallos.* 24. *A elevação do índio no conceito público.* 25. *A lei de libertação dos escravos.*
26. *O Regimento do Diretório.* 27. *A subsistência da escravidão dos negros.*

§ 1.º

1. Quando, na última semana de abril de 1500, a armada de PEDRO ÁLVARES CABRAL, partida do Tejo nos primeiros dias do mês anterior com destino à Índia, desviando-se da rota seguida pela de VASCO DA GAMA, tendo terra à vista, no dia 21 de abril, procurou pôrto seguro em que as caravelas lançassem âncoras e, encontrando-o, nele vieram a desembarcar, os navegantes se acharam tomados de surpresa e mesmo atônitos. Que terra seria aquela? A da Índia? Num batel, que avançou para terra, seguiu NICOLAU COELHO, que já andara pela Índia. Fêz indagações, que não puderam ser satisfeitas, pelo desentendimento de língua; e a gente, que a habitava, era de “homens pardos, nus sem nenhuma coisa que lhes cobrisse suas vergonhas”, como escreveu o cronista da armada. Também não eram negros, como asseverou BARTOLOMEU DIAS.

Nessa situação, deu o comandante da frota à terra o nome de Terra da Vera Cruz; mas a seus habitantes, de raça desconhecida até então no quadro etnográfico, por um dêsses contrasensos da história, se deu o epíteto de

índios, que ainda hoje os designa e a seus descendentes, que existem no país.

De que raça era essa gente, já foi dito no desenvolver do tema anterior, sôbre as raças do Brasil perante a ordem teológica, rural e jurídica portuguesas.

Pode haver-se como exótica? Vocábulo advindo do grego, através do latim, *exótico*, no dizer dos léxicos, é o estranho, o estrangeiro, o peregrino, o que vem de fora. Não se pode, por êsse tom, haver o aborígene brasileiro como de raça exótica, por ser o autóctone, o natural do país, descendente de raça que sempre o habitou. Mas também não se ajustaria o vocábulo ao português, por ter-se a terra, então descoberta, incorporado à Coroa de Portugal, pela Bula do PAPA ALEXANDRE VI, de 4 de maio de 1493. O Brasil era terra lusitana antes de descoberto.

Tem-se entendido no entanto, no sentir de muitos, e o revela o dicionário, qualificar-se como exótico o estrangeiro, “principalmente de países estrangeiros”; e isso, por certo, do ponto-de-vista europeu.

Por êste prisma, tôda raça americana é exótica. Também a africana, uma preexistente, outra emigrada para a América.

Dessarte, ao índio, ao português e ao negro, mercê de seu cruzamento, no desenrolar do tempo, coube, nos primeiros três séculos seguintes ao descobrimento, a formação populacional do Brasil. Quase nenhum, em verdade insignificante, se revelou o contingente do francês, em suas incursões no Rio de Janeiro e no Maranhão; e do holandês, de primeiro na Bahia, depois em Pernambuco, alargando-se ao sul até às ribanceiras do São Francisco, e, ao nordeste, até ao Maranhão, no período de 1580 a 1640.

2. No exame da política de proteção e elevação das raças exóticas do Brasil, o primeiro documento, que merece destaque, é a carta de PERO VAZ DE CAMINHA a El-rei, da Ilha da Vera Cruz, na sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500.

Tivesse vindo na armada de PEDRO ÁLVARES CABRAL para servir como escrivão na feitoria de Calecute, ou não, não se poderia, por certo, havê-lo como simples notário.

Cidadão do Pôrto, salientou JAIME CORTESÃO, êle “não era um português qualquer; mas, por definição, o mais livre e humano de todos êles. Era o português mais consciente da dignidade, que a liberdade e o trabalho conferem ao homem. E por isso o mais capaz de respeitar os outros homens. São êstes os sentimentos que dão, em grande parte, qualidade humana à carta de CAMINHA”¹.

Êsses nobres sentimentos se refletiram em vários tópicos daquele notável documento, no qual se externou o alto senso político dos capitães das diversas naus, e do capitão-mor principalmente, reunidos em conselho, de que participou PERO VAZ DE CAMINHA, o que é digno de nota, no qual se lhe deu a incumbência de relatar a El-rei o grande episódio da expedição.

Agudo na observação da terra e da gente, houve esta como “gente bestial”; e, por não divisar, ao alcance da vista, as choças de sua vivência, houve os índios como “aves ou alimárias monteses”; mas, sem embargo, de imensa inocência, “tal, que a de Adão não seria maior, quanto a vergonha”, na sua nudez paradisiaca.

Por isso mesmo, invocou para aquela gente a proteção régia.

Segundo, escreveu o cronista, “o que a mim e a todos pareceu, esta gente não lhes falece outra coisa para ser tôda cristã, senão entender-nos, porque assim tomavam aquilo que nos viam fazer, como nós mesmos, por onde nos pareceu a todos que nenhuma idolatria, nem adoração têm. E bem creio que, se Vossa Alteza aqui mandar quem entre êles mais devagar ande, que todos serão tornados ao desejo de Vossa Alteza. E por isso, se alguém vier, não deixe logo de vir clérigo para os batizar, porque já então terão mais

1. JAIME CORTESÃO, *A Carta de Pero Vaz de Caminha*, Rio de Janeiro, 1943, Edições Livros de Portugal Ltda., p. 43.

conhecimento de nossa fé, pelos dois degredados, que aqui entre êles ficam, os quais hoje comungaram ambos”.

Colocou-se o problema em ponto alto, do mais justo e nobre sentimento humano.

Mas não ficou nisso o documento.

Depois de fazer a apologia da terra, “em tal maneira graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águas que tem”, acrescentou o cronista, reiterando o apêlo coletivo, que “porém o melhor fruto, que dela se pode tirar, me parece que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar”.

Deu-se dessarte diretriz política para a solução do problema, que então se esboçava, a fim do aproveitamento da terra em que se haviam erguido a cruz simbólica da piedade e da civilização cristãs e o marco indelével da tomada de posse da Terra de Vera Cruz, em nome de D. MANOEL, Rei de Portugal.

3. O apêlo, assim expresso, na carta de que foi portadora a nau de GASPAR DE LEMOS, destacada da frota para missão tão feliz e que tanta repercussão teria no evolver dos acontecimentos históricos, se neutralizou em simples sugestão. Provocou imenso júbilo a El-rei, como era natural; e, na comunicação que, depois do retôrno de PEDRO ÁLVARES CABRAL a Lisboa, fêz aos Reis Católicos, os notificou — e foi em 28 de agôsto de 1501, de que aquêle seu capitão “com treze naus partiu de Lisboa a nove dias de março do ano passado e nas oitavas da Páscoa seguinte chegou a uma terra que novamente descobriu a que pôs nome Santa Cruz, em que achou as gentes mais como na primeira inocência, mansas e pacíficas, a qual pareceu que Nosso Senhor milagrosamente quis que se achasse porque é mui conveniente e necessária à navegação da índia, porque ali corrigiu suas naus e tomou água, e pelo caminho grande que teria para andar não se deteve para se informar das cousas da dita terra, sòmente dali me

enviou um navio a notificar-me como a achara, e seguiu seu caminho pela via do Cabo de Boa Esperança”.

Não externou D. MANOEL maior contentamento a propósito do grão evento, que lhe estendia o império ao Novo Mundo, parecendo mesmo que se tratava de descobrimento comum nas avançadas de suas naus pelo mar longo, cujos mistérios pouco a pouco se decifravam.

Do Brasil, que assim se veio a chamar a terra que da Vera Cruz se batisara no ato de seu achamento, ponderou OLIVEIRA MARTINS, “do Brasil, apenas descoberto, ninguém cura: são demais as terras para tão pouca gente, e o minotauro da Índia devora tôdas as fôrças e absolve tôdas as cobiças”².

4. Feitas as expedições de reconhecimento de 1501 e 1502, escreveu JOÃO FRANCISCO LISBOA, “a metrópole deixou todavia passar um largo espaço sem lhe prestar a atenção que a mesma grandeza da terra parecia naturalmente solicitar de sua parte. Verdade seja que guiada pelos instintos de uma ambição vaga, e pela intuição ainda confusa da importância daquele achado, travou discussões e celebrou tratados com a Espanha para regular a partilha das vastas doações que a ambas as potências fizera a fácil liberalidade de ALEXANDRE VI; e concedeu avultados subsídios pecuniários à França para alcançar dela que coibisse os seus armadores e corsários de infestarem aquelas paragens, aliás desertas. Mas os atos positivos para as colonizar se reduziam a muito pouco; alguns navios mandados às costas; alguns degredados postos isoladamente em terra; alguns padrões e feitorias levantadas num ou noutro ponto para autenticar a sua posse, e facilitar algum limitado comércio de pau-brasil e drogas; alguns combates enfim entre armadores estrangeiros que acudiam a partilhar os seus lucros — eis aí tudo quanto assinalam as memórias daqueles tempos. Divertido com as coisas do Oriente, cujo

2. J. P. OLIVEIRA MARTINS, *O Brasil e as Colônias Portugêsas*, Lisboa, 1920, Antônio Marzo Pereira, p. 6.

brilho o deslumbrava, Portugal não quis ou não pôde então fazer mais a favor do Brasil; e foi menos o sentimento do que êle valia, que o ciúme de vê-lo ocupado por estranhos e inimigos, quem porventura o determinou, trinta anos depois do descobrimento, a intentar os primeiros ensaios de colonização com algum caráter de estabilidade”³.

A página, que acaba de ser transcrita, explica, com justeza, porque a Terra de Santa Cruz, que, no dizer de PEDRO TAQUES, “a ambição do comércio perverteo no de Brasil, pelo interêsse do pau assim chamado”⁴, se achou esquecido por tão longo tempo e sujeito às incursões dos entrelopos de vária procedência européia, que desenvolveram, com o gentio, o comércio de pau de tinta.

Sem embargo, porque desgarrados ou despejados das naus em que para cá se transportaram, dois portugueses na terra se fixaram e se entroncaram nas famílias indígenas, nelas convivendo tranqüilamente. Um foi DIOGO ÁLVARES CORREIA, o “Caramurú”, no norte, que veio a ser de grande prestância para a edificação da cidade de Salvador, na Bahia. Outro foi JOÃO RAMALHO, no sul, que facilitou a MARTIM AFONSO DE SOUZA, o primeiro Governador Geral do Brasil, em 1530, a execução do programa de colonização, de que o incumbiu D. JOÃO III, com a fundação da primeira vila no litoral, a de São Vicente, e outra no sertão, a de Piratininga.

Êsses dois eventos demonstram que teria sido possível quiçá convivência pacífica com o aborígene, se protegido paciente e convenientemente.

5. Ainda se achava MARTIM AFONSO DE SOUZA, no Brasil, quando, por carta de 22 de setembro de 1532, D. JOÃO III lhe

3. JOÃO FRANCISCO LISBÓA, *Jornal de Timon*, em Obras de JOÃO FRANCISCO LISBOA, S. Luiz do Maranhão, 1865, Tip. de B. de Matos, vol. III, p. 17.

4. PEDRO TAQUES DE ALMEIDA PAES LEME, *Notícias das Minas de São Paulo e dos Sertões da mesma Capitania*, São Paulo, 1954. Livraria Martins Editôra S. A., p. 31.

comunicou que “depois de vossa partida se praticou, se seria meu serviço povoar-se tôda essa costa do Brasil, e algumas pessoas me requeriam Capitánias em terras delas. Eu quisera, antes de nisso fazer coisa alguma, esperar por vossa vinda, para com vossa informação fazer, o que me bem parecer, e que na repartição, que disso se houver de fazer, escolhais a melhor parte, e porém, porque depois fui informado, que de algumas partes faziam fundamento de povoar a terra do dito Brasil, considerando Eu com quanto trabalho se lançaria fora a gente, que a povoasse depois de estar assentada na terra, e ter nela algumas fôrças, como já em Pernambuco começavam a fazer, segundo o Conde de Castanheira vos escrevera, determinei de mandar demarcar de Pernambuco até o Rio da Prata cinqüenta léguas de costa a cada Capitania, e antes de se dar a nenhuma pessoa, mandar apartar para vós cem léguas, e para PERO LOPES, vosso irmão cinqüenta nos melhores limites desta costa por parecer de pilotos e doutras pessoas de quem se o Conde por meu mandado informou, como verei pelas doações, que logo mandei fazer, que vos enviará, e depois de escolhidas estas cento e cinqüenta léguas de costa para vós, e para vosso irmão, mandei dar a algumas pessoas, que requeriam Capitánias de cinqüenta léguas a cada uma, e segundo se requerem, parece que se dará a maior parte da costa, e todos fazem obrigações de levarem gente, e navios à sua custa em tempo certo, o Conde mais largamente escreverá, porque êle tem cuidado de me requerer vossas coisas, e Eu lhe mandei, que vos escrevesse”.

Molesto, evidentemente, com essa deliberação real, que à sua revelia, punha têrmo a sua missão, MARTIM AFONSO DE SOUZA tratou de seu retôrno a Lisboa, deixando a Capitania, que lhe foi doada entregue a si mesma, tanto que a respectiva carta de doação sômente lhe foi passada em 6 de outubro de 1534 e a de foral em 20 de janeiro de 1535, quando êle já se achava em Gôa. De resto, de lá escrevendo, em 14 de dezembro de 1554, achando-se em Diu, ao Conde de Castanheira, lhe dizia que, sabendo por PERO LOPES, que

êle queria “um pedaço dessa terra do Brasil, que lá tenho, mande-a tomar tôda ou a que quiser, que será para mim a maior mercê e a maior honra do mundo”.

Sob êsse nôvo regime capitaniaal, com o início da política de povoamento do Brasil, daquela forma deliberada, é que se teria de estabelecer a política de proteção e elevação das raças aborígenes da grande colônia portugûesa na América.

6. Agruparam as cartas de doações capitaniaais as classes de população da colônia em três categorias — a dos nobres, a dos peões e a do gentio. Na dos peões se incluía a dos degredados e a dos criminosos homiziados. Aquela assaz se avolumou por efeito do Alvará de 31 de maio de 1535, transferindo para o Brasil o degrêdo, que antes era de S. TOMÉ, a que acresceu o Alvará de 5 de outubro de 1549 o que as Ordenações mandavam fazer para a Ilha do Príncipe.

Duzentos e cinqüenta e seis, observou JOÃO FRANCISCO LISBOA, eram os casos de degrêdo estabelecidos no Livro v das Ordenações, sendo cento e quarenta e dois para África, oitenta e sete para o Brasil, os mais para Castro-Mirim e outros lugares⁵.

Assim dividida a população, ficando na última categoria o gentio, é de verificar qual a política que, quanto a êste, adotaram as cartas de doações.

A missão especial, observou PAULO MERÊA, “dos povoadores no tocante aos indigenas tinha de ser, no espírito proselitista da época, a de trazê-los à fé cristã, mas para isso preceituavam-se meios suasórios e catequese pacífica. Nas doações e forais das Capitánias a política de assimilação não está diretamente enunciada, mas nem por isso é menos manifesta; a cada passo se faz distinção, não entre europeus e naturais, mas sim entre cristãos e gentios,

5. JOÃO FRANCISCO LISBOA, *Jornal de Timon*, em Obras de JOÃO FRANCISCO LISBOA, S. Luiz do Maranhão, 1865, Tip. de B. de Matos, v. II, p. 244.

mostrando assim que em princípio o índio convertido e incorporado no grêmio dos colonos fica assimilado a êstes”⁶.

Não estava, com efeito, nos documentos institucionais das Capitâneas, estabelecida a política de assimilação do gentio. Antes neles se permitia sua escravização.

“Outrossim”, lê-se na carta de doação da capitania de Pernambuco a DUARTE COELHO, “me praz fazer doação e mercê ao dito Capitão e Governador e a seus sucessores, de juro e herdade para todo o sempre, que dos escravos que êles resgatarem e houverem na dita terra do Brasil, possam mandar a êstes Reinos vinte e quatro peças cada ano, para fazer delas o que lhes bêm vier, os quais escravos virão ao pôrto da cidade de Lisboa e não a outro algum pôrto; e mandará com êles certidões dos oficiais da dita terra de como são seus, pela qual certidão lhe serão cá despachados os ditos escravos forros, sem dêles pagar direitos alguns, nem cinco por cento. E além destas vinte e quatro peças que assim cada ano poderá mandar fora, hei por bêm que posso trazer por marinheiros e grumetes em seus serviços todos os escravos que quiserem e lhes fôr necessários”.

Eis convertidos os índios escravizados em peças, o que é sugestivo; e denota o espírito da época em relação a êles.

Qual salientou PAULO MERÊA, “a escravização de índios em maior ou menor número tornava-se, dadas as condições da colônia, uma triste necessidade, e a pressão dessa necessidade econômica determinava fatalmente muitos atos de violência. Os colonos não podiam nem pelo seu reduzido número nem pelas circunstâncias climatéricas dedicar-se intensivamente aos trabalhos de exploração, e quanto às raças aborígenes, afora um ou outro caso esporádico, não tinham desenvolvimento econômico capaz de fornecer trabalhadores livres. Todos os povos colonizadores, como é bêm sabido, se encontravam perante o mesmo magno

6. PAULO MERÊA, *A Solução Tradicional da Colonização do Brasil*, na *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, Pôrto, MCMXXI, Litografia Nacional, v. III, p. 180.

problema e todos o resolveram de igual modo, fazendo assentar a organização do trabalho sôbre a cooperação forçada”.

“A posse de escravos índios”, disse página adiante, “explica-se em grande parte pelo fato de ser a instituição da escravidão conhecida e praticada pelos aborígenes. Para êstes, o prisioneiro de guerra, quando não era devorado, era reduzido à escravidão. Compreende-se assim que mesmo sem o uso da violência por parte dos portugueses muitos escravos passassem para o poder dêstes. Freqüente era também intervirem os colonos a fim de evitar que os indígenas sacrificassem os prisioneiros, oferecendo-lhes vários objetos em troca dêles e logrando assim resgatá-los.

“O próprio govêrno metropolitano sancionava nestas circunstâncias a escravidão: a escravos “resgatados” se seguem, por exemplo, as doações, ao permitir, como vimos, que o capitão donatário exporte o pequeno número nelas fixado. Mas a par desta fonte há a considerar as lutas em que os portugueses aprisionavam indígenas e os reduziam à escravidão por um modo não menos legítimo. Era, com efeito, doutrina corrente no tempo que os prisioneiros feitos em guerra contra os selvagens eram servos dos seus vencedores”⁷.

7. Sob a égide da autorização de El-rei, pelas cartas de doações capitaniais de juro e herdade; diante da dificuldade da obtenção de braços para as lavouras, que teriam de implantar-se nas diversas Capitánias — necessariamente teriam os colonizadores de buscar meio e forma de escravizar os índios, para o trabalho obrigatório, para o qual, de resto, eram inteiramente ineptos, mercê de seu nomadismo.

Iniciou-se, desde logo se diga, a escravização dos índios com o descobrimento da América.

7. PAULO MERÊA, *A Solução Tradicional de Colonização do Brasil*, na *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, Pôrto, MCMXXIV, v. III, p. 180.

Infelizmente para o grande nome de COLOMBO, disse-o JOÃO FRANCISCO LISBOA, “foi êle o primeiro que se lembrou de prear índios, tomados em justa guerra, e de os mandar vender à Europa a troco de mercadorias, para acudir aos gastos das armadas que levava àquelas paragens. Um exemplo tão autorizado, e a grande facilidade de imitá-lo, prefizeram o resto; não só foram os índios geralmente reduzidos à escravidão, senão extenuados de trabalhos excessivos, martirizados, assassinados e quase totalmente extintos, por maneira que, segundo atesta o famoso LAS CASA, Bispo de Chiapa, de um milhão e meio que habitavam a Espaniola, à chegada dos europeus, já era difícil encontrar um ou outro, reliquias da monstruosa destruição⁸.

Não seria diferente no Brasil; e não foi.

Uma grande voz se ergueu contra essa escravização destruidora. Foi a do PAPA PAULO III. Chegando-lhe ao conhecimento que nas Índias, então recentemente descobertas, tanto ao ocidente, como ao meio dia, eram os respectivos indígenas tratados como brutos, e havidos por inábeis para a fé católica; e sob a capa de que eram incapazes de recebê-la, os reduziam e punham em dura escravidão, afligindo-os e oprimindo-os, em tanto extremo que ainda aquela em que traziam as suas bestas, não lhe era comparável — o Pontífice, em junho de 1537, expediu a Bula *Universis Christi Fidelibus*.

Nesse grão documento, declarou Sua Santidade, por autoridade apostólica, que os índios eram verdadeiros homens, como os mais, e não só capazes de fé cristã, senão propensos a ela, como lhe chegara ao conhecimento; e, sendo assim, tinham todo o direito à liberdade, da qual não podiam ser privados, e tão pouco do domínio de seus bens, sendo-lhes livre lográ-los e folgar com êles, como melhor lhes parecesse, dado mesmo que ainda não estivessem convertidos. Pelo que os ditos índios, e mais gentes,

8. JOÃO FRANCISCO LISBOA, *Jornal de Timon*, em Obra de JOÃO FRANCISCO LISBOA, S. Luiz do Maranhão, 1865, Tip. B. de Matos, v. II, p. 276.

só se haviam de atrair à fé de Cristo com a pregação da palavra divina, e com o exemplo de boa vida, sendo irrito, vão, nulo, sem valor, nem firmeza, todo o obrado em contrário daquela determinação e declaração apostólica⁹.

Ponderou, em seguida à transcrição e tradução dêsse notável documento, o PADRE SIMÃO DE VASCONCELOS, que “quando viam aquêles primeiros portuguezes um índio tapuia, um corpo nú, uns couros e cabelos tostados das injúrias do tempo, um habitador das brenhas, companheiro das feras, tragador de gente humana, armador das ciladas e comedor de seus próprios filhos: sem Deus, sem lei, sem rei, sem pátria, sem república, sem razão — não era muito que duvidassem se era antes bruto pôsto em pé, ou racional em carne humana”.

Manifestou-se todavia em favor da causa dos índios, “porque na mesma forma que achamos possível que um homem verdadeiramente racional, por meio de criação agreste e tosco uso dos sentidos, pode perder o lustre de racional, e chegar a parecer um bruto, assim também, pelo contrário, êsse mesmo, deixando a criação agreste e tornado ao trato público dos homens, por meio dêste, poderá apurar-se e, apurados êstes, nas obras da razão”.

§ 2.º

8. No regimento, que passou a TOMÉ DE SOUZA, de 17 de dezembro de 1548, para o exercício da governança da Capitania da Bahia, ministrou El-rei instruções relativamente à “linhagem dos tupinambás”, por ter sido informado que, “no ano de 45 estando FRANCISCO PEREIRA COUTINHO por Capitão da dita Bahia, alguma desta gente lhe fêz guerra e o lançou da terra e destruiu as fazendas e fêz outros muitos danos aos cristãos, de que outros tomaram exemplo e

9. PADRE SIMÃO DE VASCONCELOS, *Crônica da Companhia de Jesus no Estado do Brasil e do que fizeram seus Filhos nesta parte do Novo Mundo*, Rio de Janeiro, 1864, Tipografia de JOÃO INÁCIO DA SILVA, p. 67, n.º 6.

fizeram o semelhante com outras Capitánias e que alguns outros gentios da dita Bahia não consentiram, nem foram no dito alevantamento, antes estiveram sempre de paz e estão ora em companhia dos cristãos e os ajudam; e que assim êstes que aí estão de paz, como tôdas as outras nações da costa do Brasil, estão esperando para ver o castigo que se dá aos que primeiro fizeram os ditos danos — pelo que cumpre muito a serviço de Deus e meu os que assim se alevantaram e fizeram guerra serem castigados com muito rigor. Portanto vos mando que como chegardes à dita Bahia vos informeis de quais são os gentios que sustiveram a paz e os favoreçais de maneira que sendo-vos necessário sua ajuda a tenhais certa”.

Outro foi o verso da medalha.

Quando, acrescentou o regimento, “estiverdes provido do necessário e o tempo vos parecer disposto para isso, praticareis com pessoas que o bem entendam a maneira que tereis para poder castigar os culpados, o mais a vosso salvo e com menos risco da gente, que puder ser; e como o assim tiverdes praticado, o poreis em ordem, destruindo-lhes suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte dêles que vos parecer que abasta para seu castigo e exemplo de todos; e daí em diante, pedindo-vos paz, lha concedais, dando-lhe perdão. E isso será porém com êles ficarem reconhecendo sujeição e vassalagem e com encargo de darem em cada um ano alguns mantimentos para a gente da povoação; e no tempo que pedirem paz, trabalhareis por haver a vosso poder alguns dos principais, que foram no dito alevantamento. E êstes mandareis por justiça enforcar nas aldeias de onde eram principais”.

A palavra era mais de guerra, que de paz. Nela se reconhecía a política, até então posta em prática, da escravização do índio.

Não deixa de ser curioso entretanto lembrar que ao regimento se apôs, depois de datado e assinado um Almeirim, nota post-escrita.

Posto que, ali se acrescentou, “em alguns capítulos deste regimento vos mando que façais guerra aos gentios na maneira que nos ditos capítulos se contém e trabalheis por castigardes os que fôrem culpados nas coisas passadas, havendo respeito ao pouco entendimento que essa gente até agora tem, a qual coisa diminue muito em suas culpas e que pode ser que muitos estarão arrependidos do que fizeram, haverei por meu serviço que, conhecendo êles suas culpas e pedindo perdão delas, se lhe conceda; e ainda haverei por bem que vós, para melhor maneira que puderdes, os tragais a isso, porque, como o principal intento meu é que se convertam à nossa santa fé, logo é razão que se tenha com êles todos os modos que puderem ser, para que o façais assim. E o principal há de ser excusardes fazerdelhes guerra, porque com ela se não pode ter a comunicação que convém, que se com êles tenha para o serem”.

Essa mudança de política teria ocorrido, depois de datado e assinado um Almeirim o regimento, da observação de que ela se divorciava fundamentalmente dos ditâmes da Bula do PAPA PAULO III.

O ímpeto repressor, de que ela se revestia, seria contraproducente; e TOMÉ DE SOUZA ficou com poderio para examinar a situação, tanto que assumisse seu pôsto de Governador Geral da Capitania da Bahia.

9. Com o primeiro Governador Geral do Brasil, chegou, em 1549, a primeira expedição jesuítica. Chefiava-a o PADRE MANOEL DA NÓBREGA. Iniciou-se então trabalho, que foi incessante, de conversão do gentio, facilitada pela colaboração de PEDRO ÁLVARES CORREIA, o “Caramurú”. Entregaram-se os índios à obra da construção da cidade, de imediato começada, em regime de paz e de harmonia.

Entre abril e junho, escreveu PEDRO CALMON, “reinou à roda da cidade em construção uma paz feliz, que não podia durar muito. Porque, sobrando aos portugueses uma predisposição benévola para se entenderem com o gentio, faltava-

lhes virtude para os não agravar. Isto é — faltavam-lhes mulheres”¹⁰.

Teriam evidentemente, de obtê-las de entre as gentias, de onde os assaltos às aldeias, que provocaram vingança, fazendo desabrochar a hostilidade dos índios e a sua revolta. E caso ocorreu mesmo em que um português, nos arredores da cidade, foi trucidado por um índio.

Feito foi êsse equiparável ao da gota determinante do transbordamento do cálice cheio.

Cá, escreveu o PADRE MANOEL DA NÓBREGA em 10 de agosto de 1549, “é tudo papel branco e não há mais que escrever à vontade; mas é necessária a virtude e zêlo de que estas criaturas conheçam ao seu Criador e a Jesus Cristo seu Redentor. Estando pois isto nestes têrmos, o inimigo da humana geração, que estas coisas quer sempre estorvar, ordenou que a sete ou oito léguas daqui matassem um cristão dos nossos sem nenhuma razão nem causa, o que nos pôs a todos em aventura de guerra, e tomavam-nos em máu tempo, e desaparecidos, e mal fortalecidos. Mas o Senhor, que do mal sabe tirar bem, quis que os mesmos negros trouxessem o matador, e o entregaram ao Governador e o puseram logo na bôca de um tiro e foi feito em pedaços”.

Comentado o caso, acrescentou o grão jesuita, “isto pôs muito medo a todos os outros, que presentes estavam, e os nossos cristãos escaramentaram também de andar pelas aldeias; e foi muito serviço de Nosso Senhor por se evitar escândalo que dão aos índios os nossos que vão às aldeias”¹¹.

Se, entre os cristãos, assim repercutiu o acontecido, mui diversa foi a repercussão entre os índios, como a história revela. Desconfiados e vingativos, êstes se puseram de

10. PEDRO CALMON, *História da Fundação da Bahia*, Salvador, 1949, Publicação do Museu do Estado, p. 176.

11. SERAFIM LEITE S. J., *Cartas do Brasil e outros Escritos do P. Manoel da Nóbrega (Opera Omnia)*, Coimbra, 1955, por Ordem da Universidade, p. 54, ns. 7 e 8.

atalaia. Não tardaria sua insurreição. Bem o disse NÓBREGA. O evento “nos pôs a todos em grande aventura de guerra”.

E a guerra teria por efeito, como aconteceu, a realização do princípio, que era correntio entre os doutrinadores da época, da escravização dos vencidos, feitos prisioneiros.

10. Com a investidura de MEM DE SÁ, na terceira governança geral do Brasil, atribuiu El-rei missão especialíssima, qual a de procurar, por todos os meios possíveis, trazer à fé de Cristo os índios do Brasil, desfazendo os estorvos que podiam impedir aquêles fim — o da liberdade daquela gente e quietação do Estado. Tal se dizia no regimento que lhe foi dado.

Esse regimento, ponderou o PADRE SIMÃO DE VASCONCELOS, “era muito conforme ao gênio e sentimento do nôvo governador. A primeira coisa que obrou, depois de saído em terra, foi lançar bandos em favor dos índios, que fôsem postos em sua liberdade todos aquêles que, contra justiça, estavam em servidão, feitos escravos dos portugueses, que era quantidade notável. E para o futuro, que ninguém fôsse ousado a cativar índio algum fora de guerra justa, com condições justificadas. E na execução destas leis fêz finezas”.

Ademais, “publicou outras, não menos importantes; foi a primeira que nenhum dos índios nossos confederados, dali em diante, comesse carne humana (abuso ordinário) ainda que fôsse de inimigos tomados em guerra. Segundo, que nenhum principal ou comunidade fizesse guerra contra outra, senão com causa justa aprovada por êle e os de seu conselho. Terceiro, que os ajuntassem em povoações grandes a modo de repúblicas, levantassem nelas igrejas, a que acudissem os já cristãos a cumprir com as obrigações de seu estado, e os catecúmenos, a doutrina da fé, fazendo casas aos padres da Companhia de Jesus para que residissem entre êles, a fim da instrução dos que quizessem converter-se”.

Algo resultou dos apêlos assim feitos, “com a redução dos bárbaros da Bahia a quatro poderosas aldeias, de São Paulo, de Santiago, de São João e Espírito Santo, vivendo com mais polícia e acomodados aos novos preceitos”¹².

11. De tal maneira se processou e desenvolveu a escravidão do índio, que o PADRE MANOEL DA NÓBREGA se viu em ponto de protestar contra a que se realizava por via do “resgate”, o que originou a Lei de 20 de março de 1570. D. SEBASTIÃO, “por motivos de consciência”, restringiu a escravatura de índios no Brasil.

“Defendo e mando”, disse El-rei naquele documento, “que daqui em diante se não use nas ditas partes do Brasil dos modos que se até ora usou para fazer cativos os ditos gentios, nem se possam cativar por modo nem maneira alguma, salvo aquêles que forem tomados em guerra justa, que os portuguezes fizerem aos ditos gentios, com autoridade e licença minha, ou do meu governador das ditas partes, ou aquêles que costumam saltar os portuguezes, ou a outros gentios para os comerem; assim como são os que se chamam Aimorés e outros semelhantes”.

Distinguiu-se dessarte a escravidão, em duas categorias. Uma era a lícita. Outra, a ilícita.

Os que, lícitamente cativassem os gentios, eram obrigados, a fazer “escrever os tais gentios cativos nos livros das Provedorias das ditas partes, para se poder ver e saber quais são os que lícitamente foram cativos. E não o cumprindo assim no dito tempo de dois meses: hêi por bem que percam a ação dos ditos cativos e senhorio. E que por êsse mesmo motivo sejam forros e livres. E os gentios que por qualquer outro modo e maneira forem cativos nas ditas partes declaro por livres, e que as pessoas que os cativaram não tenham neles direito nem senhorio algum”¹³.

12. PADRE SIMÃO DE VASCONCELOS, *Vida do Venerável Padre José de Anchieta*, Pôrto, 1953, Lello & Irmão, Editores, p. 68, ns. 3 a 7.

13. WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, 1952, Livraria FREITAS BASTOS, S. A., vol. II, p. 137, n. 91.

Foi essa quiçá a primeira providência legislativa destinada à proteção da raça indígena.

Posto se houvesse admitido a escravização do gentio aprisionado em guerra justa — tal a aprovada por El-rei ou pelo seu governador geral do Brasil — com o estabelecimento do registro dos escravos assim, o que parece não ter entrado em execução, a não ser em casos especialíssimos, é de crer (e não poucos historiadores o afirmaram) que a determinação legislativa de certo modo amainou a escravatura indígena com aquêlê fundamento.

Mais favorável ainda à liberdade, e assim se manifestou JOÃO FRANCISCO LISBOA, por lei de 11 de novembro de 1595, D. FELIPE, II de Castela e I de Portugal, revogando aquela lei, mandou que “em nenhum caso fôssem os índios cativos, salvo sòmente os que se tomassem em guerra mandada fazer expressamente por provisões particulares assinadas por El-rei; porquanto tinham vindo a seu conhecimento os meios que os moradores do Brasil usavam para os cativar sob pretexto de justa guerra”¹⁴.

12. Existiam, ao tempo do PADRE NÓBREGA, escravos negros no Brasil; e era natural, porque de há muito, o tráfico negreiro era comércio livre em Portugal, alcançando tôda a Península. Iniciara-se com a descoberta do arquipélago de Arguim, em 1443, por NUNO TRISTÃO. Então, observou NUNES DIAS, Portugal começou a organizar em sólidas bases os resgates do ouro, dos escravos e dos demais produtos africanos da primeira rota atlântico¹⁵. Começou-se então o tráfico dos escravos negros, pelos resgates. E isso pelo benefício “de os resgatar de morte certa ou do cativoiro dos seus inimigos”, como diziam velhos documentos. Escravos, por escravos, melhor seria que o

14. JOÃO FRANCISCO LISBOA, *Jornal de Timon*, nas Obras de JOÃO FRANCISCO LISBOA, S. Luiz do Maranhão, 1865, Tip. de J. B. DE MATOS, v. II, p. 279.

15. MANOEL NUNES DIAS, *O Capitalismo Monárquico Português* (1415-1549), Coimbra, 1863, v. I, p. 424.

fôssem dos europeus, dos ibéricos em especial. Assim na Europa. Por igual, na América.

Depois, escreveu NÓBREGA, em carta de agôsto de 1552, “que vieram os escravos d’El-rei, de Guiné a esta terra, tomaram os Padres fiados por dois anos três escravos, dando fiadores a isso, e acaba-se o tempo agora cêdo. Desta vestiaría fiz mercar outros escravos da terra”¹⁶.

Sem embargo, referiu PERDIGÃO MALHEIROS, que “o PADRE MANOEL DA NÓBREGA, pouco depois da fundação, em 1594, da Bahia, cabeça do Estado, no govêrno de TOMÉ DE SOUZA, escrevia ao PADRE PREPÓSITO, do Colégio de Santo Antão em Lisboa, queixando-se dessa introdução de escravos negros e negras na nova povoação, inoculando-se assim no Brasil o fatal câncro da escravatura, fonte de imoralidade e de ruína”¹⁷.

Ao entender de VARNHAGEN, “os escravos africanos foram trazidos ao Brasil desde a sua primitiva colonização; e naturalmente muitos vieram, com seus senhores, a bordo dos primeiros navios que aqui aportaram, compreendendo os da armada de CABRAL. Porém, a verdadeira introdução dos escravos de Guiné, e depois de quase tôda a África, isto é, do tráfico em ponto maior, proveio, em primeiro lugar como ficou dito, de se haver promulgado como ilegal a escravatura índia, com raras exceções, das quais se os poderosos abusavam, outros se receavam, só por não virem a achar-se no caso de ter que pleitear o seu direito. Em segundo lugar, proveio de se haver já nas Antilhas conhecido por experiência que os africanos eram mais fortes, e resistiam mais ao trabalho aturado do sol do que os índios”.

De resto, e muito mais que o índio escravo, o escravo africano era objeto comerciável, percebendo a Coroa a

16. SERAFIM LEITE, S. J., *Cartas do Brasil e outros Escritos do P. Manoel da Nóbrega (Opera Omnia)*, Coimbra, 1955, por Ordem da Universidade, p. 140, n. 4.

17. AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil; Ensaio Histórico-Jurídico Social*, São Paulo, 1944, Edições Cultura, v. II, p. 20.

sisa de sua negociação. Informou, de resto, o historiador que “o direito de sisa dos escravos foi na metrópole rematado por contrato, e a um pedido de DUARTE COELHO para introduzir livres certo número dêles, respondeu-lhe o rei que não lhe podia dar, enquanto o prazo de tal contrato não expirasse”¹⁸.

Nem só isso poderosamente contribuiu para que as duas escravaturas — a do índio e a do negro africano, paralelamente se desenvolvessem, a dêste com maior amplitude, de modo a, com o tempo, sobrepujá-la, perdurando mais longamente.

A raça africana — e é de reproduzir-se sugestiva página de SÍLVIO ROMERO — “tem tido no Brasil uma influência enorme, sòmente inferior à da raça européia; seu influxo penetrou em nossa vida íntima e por ela moldou-se em grande parte nessa psicologia popular. É fácil compreendê-lo. A raça africana entre nós, ainda que não dirigida por um impulso próprio, deve também ser contada como raça invasora, e esta circunstância merece atenção. O português

18. VISCONDE DE PÔRTO SEGURO, *História Geral do Brasil antes de sua separação e Independência de Portugal*, São Paulo, s/d., 4.^a ed. da Companhia Melhoramentos de São Paulo (Weisflog Irmãos Incorporados) Editora-Proprietária, v. I, p. 279.

Em carta de 27 de abril de 1542, DUARTE COELHO expôs a El-rei que, “porque para coisas de tanta importância hás mister muitos grandes gastos e eu estou muito gastado e indvidado e não poder sofrer tanta gente de sòldo, como até aqui sofri, e já três anos que pedi a v. A. me fizesse mercê de me dar licença e maneira de haver alguns escravos da Guiné, por meu resgate; e o ano passado me saíu que até não se acabar o contrato que era feito, não se podia fazer, dando-me a entender que, como fôra acabado, seria provido, pelo qual já lá escrevi a B. A. sòbre isso, não sei se me fez essa mercê, porque os navios não são ainda vindos — peço a v. A. que, se não me proveu desta licença, que olhe quanto seu serviço isto é, quão pouco dano, nem estôrvo, faz dar-me licença para haver algumas peças de escravos, para o melhor servir e a DOM PEDRO DE MOURA e MANOEL D’ALBUQUERQUE, que mande Vossa A. dar a provisão para isto” (*História da Colonização Portuguesa do Brasil*, Pôrto, MCMXXIV, Litografia Nacional, v. III, p. 314).

julgou-se fraco para repelir o selvagem e para o amanho da terra, e recorreu a um auxiliar poderoso — o negro da África. Ao passo que o índio tornava-se improdutivo, fugia, esfacelava-se e morria, durante mais de três séculos foram chegando levadas e levadas de africanos robustos, ágeis e domáveis, e foram fundando as fazendas e engenhos, as vilas e as cidades, permanecendo no seio das famílias coloniais. O índio, em geral, foi um ente que se viu desequilibrado e feneceu; o negro, um auxiliar do branco, que prosperou. Acresce que o número de africanos transportados ao Brasil, durante mais de trezentos anos, foi muito superior à população cabocla primitiva. Computam-se em milhões, e toda essa gente válida e fecunda fez prosperar o país. O próprio fato da escravidão serviu para ainda mais vincular os pretos aos brancos. As escravas, e raro era o colono que não as tinha, viviam no seio das famílias no serviço doméstico. Daí o cruzamento natural; apareciam os mestiços e novos laços se criavam”¹⁹.

13. Do que até agora foi exposto se infere que, no primeiro século da vida brasileira, o décimo-sexto da era cristã, e vale dizê-lo por palavras de JOÃO FRANCISCO LISBOA, “a raça européia atuou sobre a indígena por muitos e variados modos — pelas leis de escravidão e liberdade, e, na execução destas, por meio dos chamados resgastes e descimentos, pela catequese religiosa enfim, não menos que pelas guerras incessantes e prolongadas que se travaram desde os primeiros tempos da descoberta”.

Dêsse modo avulta, sem dúvida, a ação dos jesuítas. A Coroa, nesse particular, se mostrou vacilante; mas o pelotão do PADRE MANOEL DA NÓBREGA não vacilou nunca na sua missão catequética e colonizadora, fiel e resolutivo na execução do programa de seu grande chefe. Traçou NÓBREGA, desde logo, a política de proteção e elevação da raça indígena.

19. SÍLVIO ROMERO, *História da Literatura Brasileira*, Rio de Janeiro, 1902, H. GARNIER, *Livreiro-Editor*, v. I, p. 90.

Resumiu-a o PADRE SERAFIM LEITE em poucas linhas, que não podem ser olvidadas, dizendo que, “perante a História, MEM DE SÁ é o chefe civil e militar, NÓBREGA um como secretário de Estado. Com o braço de um e o conselho de outro, o Brasil perturbado e cortado ao meio na baía de Guanabara se iria na verdade unir e praticamente constituir em bases perduráveis. Mas, como sempre, em primeiro lugar, os índios. Era preciso civilizá-los, verbo que nos dicionários, tratando-se de nações ainda incultas, se chama colonizar. Colonizar o Brasil significava transformar brejos em campos cultivados, erguer cidades onde crescia o mato, educar os povos naturais e de costumes selvagens, como era no Brasil, por exemplo, o comer carne humana. Barbaridade, que ainda se usava às portas da Bahia e estava vivo na memória de todos o que havia sucedido pouco antes à nau do Bispo.

“O plano colonizador de NÓBREGA expõe-no êle no seu apontamento de 8 de maio de 1558.

“A lei que lhes-hão de dar é:

1, defender-lhes comer carne humana, e guerrear sem licença do governador;

2, fazer-lhes ter uma só mulher;

3, vestirem-se, pois têm muito algodão, ao menos depois de cristãos;

4, tirar-lhes os feiticeiros;

5, fazê-los viver quietos, sem se mudarem para outra parte se não fôr para entre os cristãos, tendo terras repartidas que lhes bastem e com êstes Padres da Companhia para os doutrinar.

“É a civilização nos seus aspectos fundamentais: combate à antropofagia e semi-nomadismo indígena; o estabelecimento da monogamia e do trabalho agrícola; a autoridade civil e a educação cristã”²⁰.

20. SERAFIM LEITE, S. J., *Breve Itinerário para uma Biografia do P. Manoel da Nóbrega, o Fundador da Província do Brasil e da Cidade de São Paulo*, Lisboa e Rio de Janeiro, Edições “Broteria” e Livros de Portugal, p. 129, n. 3.

Esta educação, destinada à elevação da raça indígena, se iniciou desde logo. Se TOMÉ DE SOUZA se entregou à obra de construção da cidade, NÓBREGA se devotou, colaborando com êle, à da construção do Colégio, o primeiro estabelecimento de ensino — a Casa do Nome de Jesus, que depois foi o Colégio dos Meninos de Jesus, ao qual se seguiu o dêste mesmo nome, em São Vicente, inaugurado por NÓBREGA aos 2 de fevereiro de 1553.

Ao que escreveu ANCHIETA, em 1555, em São Paulo existia colégio freqüentado por bom número de estudantes, brancos e mamelucos, que acudiam das aldeias circunvizinhas, bem assim índios e filhos dêstes.

Êsse Colégio, o Colégio de São Paulo de Piratininga, se constituiu então canonicamente; e, por êsse prisma, se pode dizer, e o PADRE SERAFIM LEITE o disse, foi o primeiro do Brasil.

Infelizmente, êsses moços, com o contacto com os de fora, ao vir a crise da idade, juntando-se ao pendor da natureza o ambiente ancestral, ainda não purificado, deram no que disse JOSÉ DE ANCHIETA: “chegando aos anos da puberdade, começaram a apoderar-se de si, vieram a tanta corrupção, que tanto excedem agora a seus pais em maldade, quanto antes em bondade, e com tanta maior sem-vergonha e desenfreamento se dão às borracheiras e luxúrias, quanto com maior obediência e modéstia se entregavam dantes aos costumes cristãos e divinas instruções”.

Não sem melancolia, referiu que haviam trabalhado “muito com êles para os reduzir ao caminho direito, nem nos espanta esta mudança, pois vemos que os mesmos cristãos procedem da mesma maneira”²¹.

Empenharam-se os jesuitas não apenas em proteger os índios, no exercício de seu alto ministério, mas sobretudo

21. SERAFIM LEITE, S. J., *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa e Rio de Janeiro, 1938, Livraria Portugal e Civilização Brasileira, v. I, p. 291.

de os elevar, dando ensinamentos a seus filhos, de molde a introduzi-los na normalidade de vida cristã.

Não pareceu bem a MANOEL DA NÓBREGA a mudança. Explicava “a defecção dos moços índios com o costume, que tinham os pais, de mudarem de terra, o tempo que lhes dura a casa de palha; e depois mudam para outra, de mais a mais dispersos; e, ao retirarem-se, levavam os filhos, ficando êstes longe das vistas dos padres e da indispensável assistência religiosa. Por isso, a muitos succedeu o que escreveu ANCHIETA; mas, para alguns, o recuar foi aparente. Não vinham à missa, conclui NÓBREGA, porque, andando agora nus e, estando habituados com os padres a andarem vestidos, tinham vergonha”

É expressivo o fato, em si mesmo. Demonstra que os índios, como foi reconhecido pelos jesuitas, não podiam, por empedernidos por sua indigência intelectual, compreender e sentir a doutrina cristã, que se tentava inocular em seus espíritos primitivos e de rústica animalidade.

Mas os jesuitas eram convictos de que a graça divina poderia operar o milagre da conversão do gentio.

§ 3.º

14. Ao iniciar-se o século XVII, o problema da escravatura indígena permaneceu na mesma situação, a despeito da lei da liberdade dos índios, de 26 de julho de 1596.

Houve grandes embaraços e dúvidas de consciência nos que tiveram de a cumprir.

Recorreu-se, no relato do PADRE SIMÃO DE VASCONCELOS ao Tribunal da Mesa da Consciência, em Lisboa; e dêle veio a resolução seguinte: “que o pai podia em direito vender os filhos em caso de apertada necessidade; e que qualquer se podia vender-se a si mesmo para gozar do preço. Havida esta resolução, entraram em consulta na cidade da Bahia o Bispo D. PEDRO LEITÃO com o Governador MEM DE SÁ, o Ouvidor Geral BRAZ FRAGOSO e o Padre

Provincial LUÍZ DA GRAM: e pareceu bem que se publicasse ao povo a resolução da Mesa da Consciência, porque com ela ficassem quietos os que compraram na forma conteúda, e os que foram comprados fora dela se tivessem por livres. Porém, como os moradores da Bahia, e de tôda a costa, estavam feitos senhores de tão grande quantidade de índios vendidos fora do direito por tios, e irmãos, e parentes, que não tinham domínio sôbre êles, determinou-se que os tais eram livres. Vistas contudo as grandes dificuldades que se alegavam de se largarem todos êstes índios do serviço dos portuguezes; e porque podiam ir outra vez meter-se entre os gentios, com dispêndio de suas almas, e não sem perigo da república, foi permitido que ficassem em casa dos que tinham com as condições seguintes: que os ditos índios assim mal havidos fôssem avisados de sua liberdade; mas que como livres servissem àqueles que os resgataram em suas vidas, por evitar os inconvenientes que do contrário se podiam seguir; e que, fugindo os tais índios, os pudessem os amos mandar buscar, e castigar, e com condição que os amos, em reconhecimento de sua liberdade, lhes pagassem em cada um ano por seu serviço aquilo que justamente lhes fôsse taxado, com declaração, que continuando êles a fugir para o gentio, sendo depois da primeira vez, perdessem a soldada de um ano, em recompensa do que os amos perderam em buscá-los. E outrossim que os possuidores dos ditos índios os não poderiam vender, nem dar, nem trocar, nem levar fora do Brasil e o que os não quizesse possuir com as condições apontadas, os pudesse dar aos que lhes venderam, sem título de domínio que tivessem sôbre êles, e êstes lhes tornassem o preço”.

Era a liberdade do índio dessarte puro eufemismo. Deu-se à lei interpretação que lhe contradizia os termos e até instituiu o direito de retrovenda em favor de quantos não se dispuzessem adotá-la.

Nem estas condições, obtemperou o historiador, se guardaram, “nem a resolução serviu de mais que de cativarem mais índios com capa de vendidos por si mesmos,

ou por seus pais, porque enganavam os pobres, e quando iam os registrar, faziam que dissessem o que queriam, sendo que (tirando poucos na fôrça de fome sobredita) se achará que índio se vendesse a si, ou a filho legítimo: nem suas necessidades são tais, que se não possam remediar sem semelhante rigor de vendas, contrárias à liberdade natural, tão estimada dêles, e de todos os homens. Nem também a condição permitida do serviço dos índios para tôda a vida, posto que, por seu estipêndio, deixava de ser violento, e quase modo de cativoiro, a não intervirem gravíssimas razões verdadeiras, que a conestassem”²².

15. Originaram tais deliberações as Provisões de 5 de junho de 1605 e 4 de março de 1608, favoráveis à obra catequista jesuítica e a Lei de 30 de julho de 1609, pela qual se revogou tôdas as leis anteriormente passadas sôbre a liberdade do indígena, declarando “todos os índios do Brasil”, na referência do mesmo historiador, “assim batizados, como por batizar, por livres, conforme o direito, e nascimento natural; e manda que por tais sejam tidos e havidos; e acrescenta assim. E por quanto sou informado, que em tempo de alguns governadores se cativaram muitos gentios contra a forma da lei d’El-rei, meu Senhor e Pai: hei por bem, e mando, que todos sejam postos em sua liberdade, e se tirem logo do poder de quaisquer pessoas que os tiverem, sem embargo que digam que os compraram, e que por cativos lhes foram julgados por sentenças, as quais compras e sentenças declaro por nulas, por serem contra direito. A qual lei, suposto que se veio com embargos na cidade da Bahia à execução, e se replicou a Sua Magestade, não obstante os embargos e réplica, se tornou a passar outra em 10 de setembro de 1610, em que confirma a passada. E últimamente esta mesma foi confirmada por El-rei D. FELIPE IV, passada em Lisboa em

22. SIMÃO DE VASCONCELOS, *Crônica da Companhia de Jesus do Estado do Brasil*, Rio de Janeiro, 1864, Tipografia de JOÃO INÁCIO DA SILVA, Livro I, p. 192, ns. 41 e 42.

31 de março de 1670, e registrada na Bahia no mesmo ano, em que manda que nenhum índio de qualquer qualidade, ainda que seja infiel, possa ser cativo, nem posto em servidão, por nenhum modo, causa, ou título, nem possa ser privado do domínio natural de seus bens, filhos, ou mulher, agravando apertadamente as penas passadas, como aí se pode ver”.

Decretoou-se dessarte a plena abolição da escravatura indígena, nos mais amplos termos. Foi aquela lei registrada em tôdas as Capitanias do Brasil. Contra ela se rebelaram os colonos e a Câmara da Bahia, sob o fundamento de que era “notável desserviço de Deus e de Sua Majestade, e prejudicial a todo êste Estado”. A campanha, que então se desenvolveu pela manutenção da escravidão indígena, se tornou vitoriosa. A lei de 10 de setembro de 1611 voltou à ressurreição da de 1570, de D. SEBASTIÃO. Confirmavam a liberdade dos índios. Como escreveu o PADRE SERAFIM LEITE, não obstante “admitiam-se os cativos em *guerra justa*, ou resgatados de morte. Proibia-se a guerra contra os índios, mas permitia-se, sendo atacados por êles. Neste perpétuo debate sôbre a escravidão dos índios, tanto El-rei, como os jesuitas, representavam o que hoje se chama oposição. Na realidade a opinião pública do tempo queria e exigia a escravidão dos índios”²³.

23. SERAFIM LEITE, S. J., *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Rio de Janeiro, 1945, Imprensa Nacional, v. V. p. 8.

Como se vê, foram diversas, e até contraditórias, as providências legislativas sôbre os índios.

Ao que escreveu JOÃO FRANCISCO LISBOA, “as datas que se seguem indicam outras tantas providências legislativas sôbre os índios, promulgadas durante quase três séculos, desde D. SEBASTIÃO até nossos dias, sob a denominação de leis, cartas régias, provisões, alvarás, éditos, decretos, regimentos e diretórios, a saber: 20 de março de 1570, 22 de agosto de 1577, 11 de novembro de 1595, 25 de julho de 1516, 5 de julho de 1605, 7 de março e 30 de julho de 1609, 10 de setembro de 1611, 15 de março de 1624, 8 de julho de 1625, 10 e 12 de novembro de 1647, 5 e 29 de setembro de 1648, 12 de setembro e 21 de outubro de 1652, 12 de julho de 1653, 12 de setembro e 18 de outubro de 1663, 29 de abril de 1667, 21 de novembro de 1673, 23 de janeiro de 1671,

16. Já em 1653, em carta a El-rei, o PADRE ANTÔNIO VIEIRA, se havia manifestado a propósito.

“O remédio que Vossa Majestade, Senhor, e os senhores reis anteriores de Vossa Majestade procuraram dar a esta tirania, foi mandar cerrar totalmente os sertões, e proibir que não houvesse resgates, e declarar por livres a todos os já resgatados, de qualquer modo que o fôsem. Este remédio, Senhor, verdadeiramente é o mais efetivo de quantos se podem representar, mas é dificultosíssimo e quase impossível de praticar, como a experiência tem demonstrado, em todos os tempos, e muito mais nos motins dêste ano, fundados todos em serem os índios o único remédio e sustento dos moradores, que sem êles pereceriam. O meio que parece mais conveniente e praticável (como já se tem começado a executar) é examinarem-se os cativeiros, e ficarem livres os que se acharem livres, e cativos os que se acharem cativos”.

Não restou o grande orador, tornado missionário no setentrião brasileiro, nos últimos tempos de sua vida, adstrito à manutenção da situação existente. Bateu no ponto atinente aos resgates. Quanto a êste, “para o futuro, se se houverem de fazer entradas só a êsse fim, será dar outra

31 de março e 1 de abril de 1680, 2 de setembro de 1684, 21 de dezembro de 1686 (são duas as disposições desta data, uma carta régia e o famoso regimento das missões), 24 ou 28 de abril de 1688, 6 e 17 de janeiro de 1691, 19 de fevereiro e 15 de março de 1696, 15 de janeiro de 1698, 11 de janeiro, 1 e 8 de fevereiro de 1703, 6 de dezembro de 1705, 5 de julho de 1715, 9 de março de 1718, 12 de outubro de 1719, 12 de outubro de 1727, 13 de agosto de 1745, 13 de outubro de 1751, 13 de agosto de 1745, 13 de outubro de 1727, 13 de agosto de 1745, 13 de outubro de 1751, 4 de abril, 6 e 7 de junho de 1755, 3 de maio de 1757, 8 de maio e 17 de agosto de 1758, 11 de maio de 1774, 12 de maio de 1797, 18 de agosto de 1803, 13 de maio e 2 de dezembro de 1808 e 28 de julho de 1809.

“A esta imensa e complicada legislação portugêsa acrescem ainda as Bulas dos PAPAS PAULO III, URBANO VIII e BENEDITO XIV sobre o mesmo assunto da conversão e liberdade dos índios”. (JOÃO FRANCISCO LISBOA, *Jornal de Timon*, em Obras de JOÃO FRANCISCO LISBOA, S. Luiz do Maranhão, 1865, Tip. de B. de Matos, v. II, p. 274).

vez nos mesmos inconvenientes. Mas porque convém que haja os ditos resgates, ao menos por reunir aquelas almas, o modo com que se podiam fazer justificadamente, é este: que as entradas do sertão se façam só a fim de ir converter os gentios e reduzi-los à sujeição da Igreja e da Coroa de Vossa Majestade (como Vossa Majestade me tem ordenado) e que, nessas entradas se acharem alguns índios em cordas ou legitimamente escravos, que êsses se possam comprar e resgatar, aprovando-o primeiro os padres que forem à dita missão”²⁴.

Era dessarte unânime a convicção de que o aprisionamento e cativoiro dos índios não podiam ser dispensados, ora por um, ora por outro fundamento.

Assumiria o problema dessarte, no século XVII, aspecto imprevisto, no sul do país.

Se a primeira entrada pelo sertão foi ordenada por MARTIM AFONSO DE SOUZA, comandada por PERO LÔBO e guiada por FRANCISCO CHAVES, com o insucesso que a história registra, êste não impediria, como não obstou, a que outras se fizessem mais tarde, não somente para imposição ao gentio do respeito ao rei de Portugal, como para satisfação do interêsse dos próprios colonos, carecedores de braços para o amanho e cultivo da terra.

De nada valeram, ponderou AFONSO DE TAUNAY, “as cartas régias de D. SEBASTIÃO, de 1570, a proibirem a escravização dos índios, legislação que os colonos bem sabiam ser decretada para constituir letra morta. A escapatória da “guerra justa” trazia a automática revogação das ordens reais”²⁵.

17. Ao que referem vetustos documentos, e observou BUARQUE DE HOLANDA, “não foi uma civilização tipicamente agrícola a que instauraram os portugêses no Brasil com

24. J. LÚCIO DE AZEVEDO, *História de Antônio Vieira*, Lisboa, 1931, Livraria Clássica Editôra de A. M. Teixeira & Cia. (Filhos), v. I, p. 226.

25. AFFONSO DE TAUNAY, *História das Bandeiras Paulistas*, São Paulo, s/d., Edições Melhoramentos, v. I, p. 21.

a lavoura açucareira. Não o foi, em primeiro lugar, porque a tanto não conduziria o gênio aventureiro que o trouxe à América; em seguida, por causa da escassez da população do Reino, que permitisse imigração em larga escala de trabalhadores rurais, e finalmente pela circunstância de a atividade agrícola não ocupar então, em Portugal, posição de primeira grandeza²⁶.

Se o primeiro engenho de cana se instalou em São Vicente, no planalto de São Paulo de Piratininga a indústria açucareira não teve surto, em razão de seu clima. Impediram-no o frio e a geada. Mas nessa Capitania nem ao menos o pau de tinta, de que os moradores alcançaram grande proveito, se produzia. É que, e PERO DE GANDAVO observou, êsse pau se “mostra claro ser produzido de quentura do sol, e criado com a influência de seus raios, porque não se acha senão debaixo da tórrida zona, e assim quanto mais perto está da linha equinocial, tanto é mais fino e de melhor tinta; e esta é a causa porque o não há na Capitania de São Vicente nem daí para o sul²⁷”.

26. SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, Rio de Janeiro, 1956, Livraria José Olympio Editôra, p. 45.

No mesmo ano, prosseguiu o autor, “de 1535, em que DUARTE COELHO desembarcava em sua donatária pernambucana, o humanista CLENARDO, escrevendo de Lisboa a seu amigo LATÔNIO, dava notícia das miseráveis condições em que jaziam no país as lides do campo: “Se em algum lugar a agricultura foi tido em desprezo — dizia — é incontestavelmente em Portugal. E antes de mais nada, ficai sabendo que o que faz o nervo principal de uma nação é aqui de uma debilidade extrema; para mais, se há algum povo dado à preguiça sem ser o português, então não sei onde êle exista. Falo sobretudo de nós outros que habitamos além do Tejo e que respiramos de mais perto o ar da África”. E algum tempo mais tarde, respondendo às críticas dirigidas por SEBASTIÃO MÜNSTER aos habitantes da península hispânica, DAMIÃO DE GÓIS admitia que o labor agrícola era menos atraente do que as aventuras marítimas e as glórias da guerra e de conquista” (M. GONÇALVES CEREJEIRA, *o Humanismo em Portugal*, Clenardo, Coimbra, 1926, p. 271).

27. PERO DE MAGALHÃES GANDAVO, *História da Província de Santa Cruz*, Rio de Janeiro, s/d., Edição do Anuário do Brasil, p. 99.

Por isso, e ademais porque isolados do resto do mundo pelas dificuldades de comunicação, mas sobretudo diante da deficiência de braços para a lavoura e atendimento de suas necessidades domésticas, se sentiram os moradores da Capitania na emergência de obtê-los a todo o transe.

Houveram, por isso, e WASHINGTON LUÍS ponderou, de “entrar ao sertão, estendendo a costa do Brasil (como então se dizia) desde o oceano até o interior desconhecido, revelando os seus territórios, ou então a colonização portuguesa do Brasil teria desaparecido sem deixar vestígios, como a esteira pouco rumbrosa duma canôa solitária, que sulca águas dormentes. Esse devassamento traria as inevitáveis guerras com o gentio. As guerras ou o abandono da colônia: o dilema se apresentava inexorável. Diante dessa alternativa, os moradores da Capitania de São Vicente preferiram duramente, violentamente permanecer, e para isso era necessário escravizar ou exterminar, “conquistar ou ser conquistado; era preciso optar entre essas duas condições extremas, não restando nenhum partido intermediário” (como pensaria TAINE). Mas os portugueses encontraram ainda um partido intermediário — o cruzamento”²⁸.

18. O sertão era realmente o grande enigma. Instava decifrá-lo. Foi o a que se propuseram os moradores de São Paulo, cômscios dos riscos e das dificuldades, de vária ordem, que teriam de enfrentar e vencer. Se, por todos os modos, incentivava a metrópole as iniciativas em busca das minas de ouro e de prata, que deveriam fazer nas entranhas da terra que entestava com as do Perú, o que mais preocupava os paulistas, em razão de seu resultado imediato, era o preamento do índio, tanto para o povoamento de seu planalto, quanto para a abertura das lavouras que fôssem possíveis.

A entrada ao sertão teria que fazer-se, para êsse objetivo. Como o empreendimento era difícil e arriscado, para

28. WASHINGTON LUÍS, *Na Capitania de São Vicente*, São Paulo, 1956, Livraria Martins Editôra, p. 168.

efetuá-la houveram os paulistas que organizar-se, devidamente, com recursos monetários, pessoal disposto, meios de subsistência no percurso que somente se sabia quando se iniciaria, não quando, onde e como terminaria. Ademais, armas e munições. Era, dessarte, autêntica expedição, senão mesma verdadeira empresa. Ou seja a bandeira²⁹.

O escopo dos que a organizavam, ou dela participavam, era utilitário, quiçá de evidente natureza mercantil, pelo interesse de seus componentes na partilha das peças, ou índios, com que seriam aquinhoados, ao regresso, que, como escravos, seriam retidos, quando não negociados na Capitania de São Vicente ou nas mais próximas, como a do Rio de Janeiro.

O século xvii foi dessarte o da era do bandeirismo, que deu ao problema da escravização do gentio nôvo aspecto e EUCLIDES DA CUNHA houve como “tradição heróica”, que constituiu “o único aspecto original de nossa história”.

Mas o bandeirismo não foi somente preador de índios. Para preá-los, tiveram os bandeirantes que fazer sua caminhada a dentro do sertão, abrindo nele picadas que se converteriam em caminhos de comunicação. Nas estâncias da jornada, abriram-se clareiras. Fincaram-se cruces. Levantaram-se capelas. Construíram-se aldeias de casas toscas. Estabeleceram-se culturas. Criou-se o gado. De onde em onde se instalaram pousadas; e com isso o território se foi alastrando por essa ocupação transitória, deixando atrás as fronteiras e imaginárias linhas da divisão castelhana. Conquistou-se o sertão.

Com a descoberta do ouro, o bandeirismo se transfigurou. Deixou de ser nômade, em certo sentido, pois que a cata aurífera exigia instalação adequada. Mas nem por isso impediu que as bandeiras de terra e as monções fluviais marcassem, com as descobertas do ouro, novos pontos de apossamento e de estância, alargando no espaço o predomínio da Corôa lusitana.

29. WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, 1956, Max Limonad, Editor, v. iv, p. 23 a 105.

Coincidiu, com êsse evento histórico, o das invasões de franceses e de holandeses, que foram sustadas, detidas e vencidas, no Rio de Janeiro, na Bahia, em Pernambuco, no Maranhão, consolidando-se o domínio de Portugal em sua colônia sul-americana. Configurou-se êste então geográficamente, quer pela expulsão dos invasores, quer pela definitiva conquista do sertão.

Tôda essa arremetida, assim no interior, como no litoral, não removeu, nem ensejou solução adequada à proteção e elevação de índios e prêtos, que continuaram subjugados pela escravidão.

19. Dividida a colônia portugêsa, em 1612, por cisparidade, com a separação do Estado do Maranhão (Ceará, Piauí, Maranhão, Pará e depois Amazonas) do Estado do Brasil, aquêle se tornou independente dêste e ambos sujeitos diretamente a Lisboa.

No Estado do Maranhão, o problema da escravidão de índio “adquiriu solução específica, que é de assinalar. Ocorreu a D. JOÃO IV restabelecer ali a Companhia de Jesus, destacado o PADRE ANTÔNIO VIEIRA para o grande cometimento. Impressionou-o a condição dos índios. Seguim, êle o disse, “os portugêses do Maranhão e Pará a mesma carreira de opressão que nas costas das Capitâneas mais antigas exterminara os índios. Permitia a lei que fôsem os escravos os naturais capturados em justa guerra, e também os que, tendo sido aprisionados uns pelos outros, houvessem sido comprados pelos portugêses, chamando-se êstes últimos, como tendo sido destinados a serem comidos, índios de corda, em alusão à muçurana. Daqui nasciam necessariamente todos os inumeráveis males de um regular tráfico de escravos”³⁰.

Obteve o jesuíta, por Carta Régia de 21 de outubro de 1652, ampla autorização para estabelecer missões, levantar

30. PADRE RAPHAEL M. GALANTI, S. J., *Compêndio de História do Brasil*, São Paulo, 1902, Tip. a Vapor de Duprat & Cia., v. II, p. 410, n. 353.

igrejas, descer índios ou deixá-los em suas aldeias “como então julgardes por mais necessário à sua conservação”, obrigando tôdas as autoridades a lhe darem “tôda a ajuda e favor que pedirdes, assim de índios, canoas, pessoas práticas na terra, e línguas, como do mais que vos fôr necessário”.

No capítulo do regimento, dado a BALTAZAR DE SOUZA PEREIRA, despachado, em 1652, Capitão-mor do Maranhão, se lhe deu ordem para pôr em liberdade todos os índios que aquêle tempo tivessem vivido como escravos.

Disso resultou a sublevação do povo do Maranhão e Pará, do que se ocupou a Provisão de 17 de outubro de 1653, reconhecendo que daquela proibição do de poderem cativar índios “não resultara utilidade alguma, antes grande perturbação nos moradores, prometendo maiores danos para o futuro, por ser dificultosíssimo, e quase impossível dar liberdade a todos sem distinção”.

E nela se determinou “que os oficiais das Câmaras do Maranhão e Pará examinassem em presença do Desembargador sindicante, que então andava naquelas Capitánias, e na sua falta perante os Ouvidores delas, quais aos índios cativados até aquela época, o tinham sido legítimamente e com boa consciência, e quais não; e que, segundo as deliberações aprovadas e julgadas pelo dito Desembargador, ou Ouvidores, assim fôsem os índios declarados livres, ou escravos”.

No exame, a que se procedesse, haver-se-iam como de cativoiro, precedendo guerra, os casos de impedir o gentio, quer livre e independente, quer vassalo e submetido, a pregação do Evangelho; de recusar-se a defender a vida e fazenda dos vassallos d’El-rei em qualquer parte; de lançar-se, com os inimigos da Coroa, dando ajuda contra os vassallos dela; e de exercitar latrocínio por mar ou por terra, infestando os caminhos, salteando ou impedindo o comércio e trato dos homens.

Seriam também justos os cativeiros dos índios vassallos que faltassem às obrigações que haviam aceitado nos princípios da conquista, negando os tributos e não obedecendo quando chamados para o serviço real de paz ou de guerra; que comessem carne humana. Igualmente se reputariam legítimos escravos os índios que estivessem, em poder dos seus inimigos, atados à corda para serem comidos, e pelos vassallos d'El-rei fôsse remidos daquele perigo, com as armas ou outras vias; e os que já eram legítimos escravos de outros índios, de que fôsse tomados em justa guerra, ou havidos por meio de comércio e resgate.

Far-se-iam, para êsse efeito, entradas ao sertão, com religiosos que fôsse à conversão do gentio, e com pessoas escolhidas em cada Capitania, à pluralidade de votos do Capitão-mor, Officiais da Câmara, Vigário Geral (onde houvesse) e Prelados das religiões.

Oferecendo-se casos de cativeiros lícitos durante as entradas, seriam justificados perante os religiosos que nelas fôsse³¹.

Mas a Provisão, que assim dispunha, não durou muito.

Tão despeitado ficou o PADRE ANTÔNIO VIEIRA, disse-o JOÃO FRANCISCO LISBOA, com ela, que partiu sem demora para a Côrte, depois de haver pregado, em dia de Santo Antônio, o famoso sermão aos peixes.

E obteve a Provisão de 9 de abril de 1653, em que se decretou:

a) que houvesse uma Junta de Missões, espécie de Tribunal consultivo, especial e privativo para esta matéria, como os havia para os negócios da Fazenda, Ultramar e outros;

b) que as aldeias e índios de todo o Estado do Maranhão fôsse governados e estivessem sob a disciplina dos

31. P. RAPHAEL M. GALANTI, S. J., *Compêndio de História do Brasil*, São Paulo, 1902, Tip. a Vapor de Duprat & C., v. II, p. 432, n.º 370.

religiosos da Companhia, e que o PADRE ANTÔNIO VIEIRA, como superior de todos, determinasse as missões, ordenasse as entradas no sertão e dispusesse os índios convertidos à fé pelos lugares que julgasse mais convenientes;

c) que os governadores dessem tôda a ajuda a favor aos missionários, com que se lhes facilitasse o necessário para a conversão dos gentios, que as tiranias traziam afugentados, e remontados da Igreja;

d) que os missionários tivessem voto nos exames dos escravos, em ordem a atalhar as violências que se faziam aos índios ou outros, sendo o cabo da escolta da entrada pessoa aprovada pelos mesmos missionários, e o tempo e lugares das missões marcados pelo padre superior;

e) que os índios cristãos e aldeados não pudessem ser constrangidos a servir mais que sòmente seis meses cada ano, e êstes mesmos alternados de dois em dois, pagando-se -lhes duas varas de pano de algodão por mês;

f) que não se pusessem capitães nas aldeias, antes que nelas fôssem os índios governados pelos principais das suas nações juntamente com seus párocos.

20. Essas novas resoluções, no dizer de PERDIGÃO MALHEIRO, postas em execução pelo PADRE ANTÔNIO VIEIRA e ANDRÉ VIDAL DE NEGREIROS, Governador do Estado do Maranhão, “indo de encontro aos intentos e hábitos desumanos no cativar os índios, produziram mais tarde os seus naturais efeitos na luta que de novo se travou entre os mesmos e os jesuitas. Por enquanto prosseguiram êstes, sob a direção de VIEIRA, nas suas missões; chegando a fazerem diversos da Companhia, e entre êles o próprio VIEIRA, várias entradas no sertão para a descida e conversão do gentio (em uma destas fizeram 240 prisioneiros, os quais, conforme a lei de Sua Majestade, a titulo de haverem impedido a pregação do Evangelho, foram julgados por escravos e entregues aos

soldados) como se lê em Carta de VIEIRA de 11 de janeiro de 1660”³².

Cresceu a exasperação contra os jesuítas a tal ponto, que, em 1662, vários foram presos e, com o PADRE ANTÔNIO VIEIRA, remetidos para Lisboa, detidos outros em Belém do Pará.

Não tardou que Provisão de 12 de setembro de 1663 viesse a proibir aos jesuítas qualquer jurisdição temporal sôbre os índios, determinando que, no espiritual, fôsem todos postos em pé de igualdade, “por ser justo que todos sejam obreiros da vinha do Senhor”.

Poderiam os índios todavia ser removidos, quando se tornasse conveniente, “sem que pudessem as religiões ter aldeias próprias de índios forros de administração; e, no temporal, poderiam ser governados por algum dos seus principais, decidindo sôbre suas queixas e causas os governadores e autoridades civis, como para os demais vassallos se achava determinado”.

El-rei D. PEDRO II, pela lei de 1.º de abril de 1680, e JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE E SILVA observou, cortou pela raiz os quatro casos de que abusavam os colonos para continuar com a escravidão dos índios, que a lei de 1665 permitia; e parecia que “ficava esta pobre gente para sempre isenta de ser escrava; mas não sucedeu assim, porque nestes últimos tempos, em um só século tão alumiado como o nosso, na Côrte do Brasil foram os botucudos e purús do Norte, e os bugres de Graraguava convertidos, outra vez, de prisioneiros de guerra, em míseros escravos”³³.

Não tinham os índios dessarte proteção adequada, a despeito dos atos promulgados em prol de sua libertação. Nem podiam clamar contra os seus opressores.

32. AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil, Ensaio Histórico-Jurídico-Social*, São Paulo, 1944, Edições Cultura, v. II, p. 432, n.º 370.

33. AFRÂNIO PEIXOTO e CONSTÂNCIO ALVES, *José Bonifácio (O velho e o môço)*. Paris e Lisboa, 1920, Livrarias Aillaud e Bertrand, p. 107.

21. Não foi a Corôa, em verdade se diga, insensível ao sofrimento dos escravos pela crueldade disciplinar de seus senhores, destituídos, de ordinário, para com êles, de sentimentos humanos.

Carta Régia de 20 de março de 1688, determinou que os senhores não castigassem cruelmente seus escravos, sob pena de os que assim procedessem serem obrigados a vendê-los a quem lhes desse bom tratamento. Era a penalidade de difficil applicação. Eis porque, três dias depois, outra Carta Régia se expediu, autorizando os governadores a castigar, a seu arbítrio, os que se houvessem com crueldade. Sendo todavia grave o excesso do castigo, fariam, contra êles, proceder sumariamente pela Justiça; mas de modo a que tais procedimentos não chegassem à noticia dos escravos, de molde a que disso não se prevalecessem para se insubordinarem. Teriam os procedimentos, em tais condições, que correr em segrêdo de Justiça.

Recomendava aquêle documento que os Bispos vigiassem pelos escravos, denunciando aos governadores os excessos que se praticassem, por contrários não sòmente às cartas régias e também à caridade cristã.

É de imaginar que tais dispositivos tivessem suscitado distúrbios e reclamações, porque aquelas duas cartas régias foram, logo depois, revogadas pela de 23 de fevereiro de 1689. Vigorariam, de então em diante, as leis gerais, fazendo-se entender isso mesmo aos escravos, por algum ato positivo que os desenganasse das illusões em que por ventura estivessem.

De resto, e merece registro, Carta Régia de 17 de março de 1663, já havia estabelecido que os governadores providenciassem para que os senhores não deixassem morrer os escravos sem os últimos sacramentos, como tantas vêzes acontece, ou por desumanidade dos senhores, ou por avareza dos parócos, que exigiam, para os ministrar, co-nhecenças exorbitantes.

Determinou, de resto, Carta Régia de 20 de outubro de 1690, que o Governador do Estado do Maranhão pro-

pusesse o orçamento, assim da fábrica dum hospital para os índios, como do seu custeio anual, a fim de se evitar que percessem quase todos os que costumavam vir nos descimentos, como ordinariamente acontecia.

É de crer que tal providência não chegou a realizar-se, tanto mais quanto Carta Régia de 10 de janeiro de 1687, à Câmara de Belém, que representara quanto à miséria do Estado, por causa da morte dos escravos e índios pela parte das bexigas, pedindo à administração das aldeias que os moradores descessem do sertão, indeferiu esta pretensão. Indeferiu-a sob o fundamento de que as leis então em vigor eram as melhores e sem elas não se conseguiriam os fins das missões, em razão do rigor com que os moradores os tratavam. Era essa, ademais, a causa de se haver consumido a maior parte das povoações de que se compunham os sertões circunvizinhos.

Nessa mesma tecla bateu Carta Régia de 20 de novembro de 1699 ao Governador do Maranhão, que havia representado que a maior parte dos missionários, em proveito temporal, traziam os índios extenuados de excessivos trabalhos, faltando, aliás desumanamente, e dá-los aos moradores, que tanta precisão tinham dêles, em razão da mortandade causada pelas bexigas. Determinou-lhe El-rei que admoestasse os missionários, com moderação; e que os moradores fôsem supridos de índios, por meio de resgates feitos de acôrdo com a Junta das Missões.

Exercia esta, em tais têrmos, papel condizente com o dum mercado de escravos.

§ 4.º

22. Assaz se havia diminuído, por efeito de escravidão, a população gentia da costa brasileira.

Fatôres inúmeros para isso contribuíram.

Era o índio incompatível com o estado de civilização..

Com efeito, observou JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE E SILVA, “o homem no estado selvático, e mormente o índio bravo do Brasil, devia ser preguiçoso; porque tem poucas, ou nenhuma necessidade; porque sendo vagabundo, na sua mão está arrancar-se sucessivamente em terrenos abundantes de caça ou de pesca, ou mesmo de frutos silvestres, e espontâneos, porque vivendo todo o dia exposto ao tempo não precisa de casas, e vestido cômodos, nem dos melindres do nosso luxo; porque finalmente não tem idéia da propriedade, nem desejo de distinção, e vaidades sociais, que põem em atividade o homem civilizado. Demais, uma razão sem exercício, e pela maior parte já corrompida por costumes e usos brutais, além de apático, o deve fazer também estúpido”.

Não obstante, acrescentou que “a facilidade de os domesticar era tão conhecida dos missionários, que o PADRE NÓBREGA, segundo refere o VIEIRA, dizia por experiência própria, que com música e harmonia de vozes, se atrevia a trazer a si todos os gentios da América. Os jesuítas conheceram que, com presentes, promessas e razões claras e sãs, expedidas por homens práticos na sua língua, paciência e bom modo, podiam fazer dos índios bárbaros o que dêles quizessem”.

Foi o que se tornou impossível e ensejou o estado permanente de guerra, em que viveram colonos e portugueses: êstes preocupados por escravizá-los; aquêles, por se manterem, no seu estado de barbárie, com o de liberdade, que Deus lhe dera.

O procedimento escravizador, do norte ao sul da costa brasileira, seccionou o estado de tranqüillidade, em que poderiam conviver, lado a lado, portugueses e colonos.

Mas o estado de luta, que o de escravidão do gentio provocaria, redundou em prejuízo constante para o gentio. Vencido e escravizado, pela sua inferioridade, em todos os aspectos, os que não conseguiram embrenhar-se no sertão, se escravizaram. Escravo, não logrou o gentio, ordinariamente, sobrevivência ao pêso do trabalho, a que

não estava afeito, e das angústias dos sofrimentos físicos, que não foi possível suportar. Ademais, não curado das enfermidades, que lhe corromperam o organismo desfeito ao novo modo de viver, o gentio, há pouco e pouco, se foi convertendo em pó.

Fêz horror ao PADRE ANTÔNIO VIEIRA “refletir na rápida despovoação dêstes miseráveis, depois que chegou ao Brasil: basta notar, como refere o PADRE VIEIRA, que em 1605, em que se conquistou o Maranhão, havia desde a cidade até o Gurupá mais de 500 aldeias de índios, tôdas numerosas, e algumas delas tanto, que deitavam quatro a cinco mil arcos, mas quando o dito VIEIRA chegou, em 1652, ao Maranhão, já tudo estava consumido e reduzido a mui poucas aldeias, de tôdas as quais não pôde ANDRÉ VIDAL DE NEGREIROS ajuntar 800 índios de armas. Calculou o PADRE VIEIRA que, em 30 anos, pelas guerras, cativeiros e moléstias, que lhes trouxeram os portuguezes, eram mortos mais de dois milhões de índios”³⁴.

E isto, é de registrar, sòmente no Estado do Maranhão. Não teria sido diferente, e não foi, no Estado do Brasil.

23. No propósito de lhes melhorar a sorte, quando, em 1652, se restaurou a Relação da Bahia, em seu regimento se recomendou ao Governador proteção aos índios, de modo a não consentir que “fôsem maltratados, fazendo punir com rigor quem os molestasse e maltratasse; assim como a que desse ordem a que pudessem viver junto das povoações dos portuguezes, de modo que os do sertão folgassem de vir para as ditas povoações, observando-se a lei de D. SEBASTIÃO e provisões posteriormente promulgadas”.

No mesmo sentido se manifestou o Regimento da Relação do Rio de Janeiro, criada por lei de 16 de fevereiro de 1751.

34. JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE E SILVA, *Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil*, em ALBERTO SOUZA, *Os Andradas*, São Paulo, 1922, Tipografia Piratininga, v. III, p. 472 e 475.

24. Cuidou a Coroa de valorizar o índio, elevando-o no conceito público. Foi por Alvará de 4 de abril de 1755. Considerando El-rei quanto convinha a seus reais domínios da América que se povoassem e que, para êsse fim, poderia concorrer a comunidade dos índios, por meio de casamentos, declarou que seus vassallos do Reino e da América, que casassem com as índias dêstes, não ficariam com infâmia alguma, antes se fariam dignos de sua real atenção. Nas terras, em que se estabelecessem seriam preferidos para aquêles lugares e ocupações que coubessem na gradação de suas pessoas. Seus filhos e descendentes reputar-se-iam hábeis e capazes de qualquer emprêgo, honra ou dignidade, sem que necessitassem de dispensa alguma, em razão daquelas alianças, nas quais se compreenderiam as já anteriormente feitas.

Por igual, as portugûesas, que casassem com índios, e seus filhos e descendentes, gozariam dos mesmos direitos e vantagens.

Quando os advindos de tais uniões conjugais tivessem algum requerimento na dependência de Sua Majestade, far-se-lhe-ia saber dessa particularidade para serem mais particularmente atendidos.

Ademais terminantemente se proibiu que fôsse tratado o epíteto de “caboclos”, ou idêntico que pudesse ser injurioso.

Tiveram os índios e índias, consorciados com portugûeses, e seus descendentes, sua carta de cidadania³⁵.

25. De maior amplitude, alcance e reflexos, se mostrou a lei de 6 de junho de 1755.

Considerou por ela El-rei que, verificando as causas pelas quais não se havia até então multiplicado e civilizados os índios do Estado do Maranhão, desterrando-se dela a barbaridade e o gentilismo e propagando-se a doutrina

35. WALDEMAR FERREIRA, *O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o signo Pombalino*, Rio de Janeiro, 1960, Editôra Nacional de Direito Ltda., p. 26 a 29.

cristã; e que os índios, descidos de suas aldeias, em vez de prosperarem e propagar-se, se foram extinguindo, de modo a ser assaz reduzido o número de suas povoações e dos moradores delas, vivendo êsses poucos dispersos pelos matos, declarou-os livres e isentos de tôda a escravidão, de molde a poderem dispôr de suas pessoas e bens, como melhor lhes parecesse, sem outra sujeição temporal que não fôsse às suas leis, para à sombra delas viverem na paz e união cristã e na sociedade civil em que, mediante a divina graça, procurava manter os povos que Deus lhe confiara.

Nesta se incorporariam os índios, sem distinção ou restrição alguma, para gozarem de tôdas as honras, privilégios e liberdades, de que seus vassallos gozavam então, conforme as suas gradações e cabedais, inclusive os que estivessem possuídos como escravos.

Excetuou da magnanimidade majestática, no entanto, aquela lei sòmente os oriundos de pretas escravas, os quais seriam conservados no domínio de seus senhores, enquanto não desse providência sôbre aquela matéria.

26. Continuaram escravos todavia os índios do Estado do Brasil.

Por alvará de 8 de maio de 1758, de conformidade com o Breve *Immensa Pastorum*, do PAPA BENEDITO XIV, que reprovava os abusos contra a liberdade dos índios do Brasil, El-rei D. JOSÉ declarou livres êstes índios, sem restrição alguma, para que fôsem julgados, em tudo e por tudo, como os das Capitánias do Grão Pará e do Maranhão.

Não obstante, regimento de 3 de maio de 1757, que se celebrizou com o nome de — *Diretório*, reconheceu a impossibilidade de se realizarem imediatamente as intenções reais atinentes à liberdade dos índios. Deu-lhes uma como liberdade tutelada. Pô-los debaixo do govêrno dos seus respectivos maiores, em razão da deplorável ignorância em que tinham sido criados, até se mostrarem capazes de por si mesmo se dirigirem e aos seus bens. Teria cada

aldeamento seu diretor, que fôsse homem de inteireza, zelo, prudência, bons costumes e conhecedor da língua indígena. Investiram-se os juizes de autoridade temporal, nas vilas criadas, e os maiores nas aldeias independentes. Outras e inúmeras providências foram ditadas, no propósito de proteger os índios liberados da escravidão, a fim de que não viessem, por ludibrio, a cair sob o regime desta³⁶.

Êsse regimento, homologado por Alvará de 17 de agôsto de 1758, em razão de proposta de D. FRANCISCO DE SOUZA COUTINHO, Governador da Capitania do Grão Pará, veio a ser derogado por Carta Régia de 12 de maio de 1798, reinante D. MARIA I.

Cairam os índios então sob o regime do direito comum.

27. E os negros?

Continuariam êsses, que eram em maior número que os índios, durante quase um século, em regime de escravidão.

Mas essa é outra história.

36. ROBERTO SOUTHEY, *História do Brasil*, Trad. de Oliveira e Castro, Cidade do Salvador (Bahia), Livraria Progresso Editôra, v. VI, p. 60.

Prefácio a Battaglini no Brasil.

Basileu Garcia

Catedrático de Direito Penal da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Antigo discípulo meu, hoje professor, o dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, honra-me solicitando algumas palavras de intróito à tradução portuguesa da obra fundamental de GIULIO BATTAGLINI, *Diritto Penale, Parte Generale*.

Escrevo-as lembrando o que disse àquele tenaz realizador da idéia de trazer o insigne penalista ao cenário das nossas letras jurídicas. O Código italiano de 1930 é e será por muito tempo o autêntico e insubstituível modelo da legislação criminal brasileira. Continuaremos, como até aqui, a aproveitar, das nossas escaramuças em outros redutos do pensamento jurídico, algumas prêsas, de muita utilidade. Mas das sortidas na legislação da península é que advém a luzida posição de “nouveaux-riches” do Direito Penal, com que nos maravilhamos de ser tão atualizados. Tanto mesmo, que, aqui, o passo trôpego das nossas instituições práticas jamais alcança o arrojado adiantamento da elaboração legislativa, que tem o defeito de estar uns cinqüenta anos antes da prosaica realidade cotidiana.

Se o Direito italiano é a constante inspiração nossa, de acentuada valia, no Brasil, é o conhecimento, não só direto como sistemático, dos penalistas da Itália, os mais capazes de nos elucidar acêrca dos problemas com que nos avimos. Êsse conhecimento será sobremodo facilitado pela tradução conscienciosa, pois a língua italiana é muito menos dominada em nosso meio do que parece. Raros são os brasileiros

que a têm realmente estudado e que, assim, penetram, sem o perigo das improvisações, nas ciladas das suas peculiaridades sintáticas.

Dentre os penalistas da pátria de CARRARA, que os produz quase com aquela abundância com que produzimos bacharéis, a escolha de BATTAGLINI foi particularmente feliz. Há, sem dúvida, muitos outros mais *modernos* e até mais em voga, porque os estilos do fôro e das cátedras também são submetidos à tirania da moda. Nenhum, porém, é mais merecedor de ser erigido à condição de guia.

Os seus conceitos são sólidos e de inteira confiança. Hauridos nas mais límpidas fontes, o eminente professor de Messina, Pavia, Bolonha e Bari não fêz senão enriquecê-los com a contribuição do seu saber e do seu notável engenho, persuadindo-nos de que a frase salomônica segundo a qual nada há de novo debaixo do sol não corresponde à verdade. Ser original, ao escrever em tórno de normas sôbre as quais tantos já se debruçaram, é tarefa sôbre-humana, quase inexequível. BATTAGLINI, contudo, surge como um dêsses aventureados garimpeiros que terminam a jornada com o embornal cheio, enquanto outros se esfalfam sem resultado. Existe sempre uma nota muito sua, cintilante ou pelo menos fortemente impressiva, nas explanações que nos oferece. Porque êle é um espírito sagaz servido por enorme cultura em todos os setôres das indagações que importam à finalidade do combate ao delito.

Ler BATTAGLINI é um prazer, pelo muito que se aprende e também pela efervescência espiritual a que arremete, com o seu tom freqüentemente polêmico. Ensinando convictamente, êle é incisivo ao procurar destruir o que considera êrro. Mantém, assim, o leitor em perene ebulição, com o raciocínio gingando entre as teses e as antíteses, entre o verso e o reverso da medalha de cada controvérsia, de cada ponto interessante de doutrina.

Nas suas qualidades de expositor avultam o método rigoroso e a clareza, que levam a pensar em como terá sido edificante ouvi-lo, de viva voz, como professor.

O diapasão pelo qual se apura o sentido das suas teorias é o dos clássicos, em que se afervora o seu devotamento à justiça em bases tradicionais como veículo da harmonia social. Mas, atento a todo progresso científico, a sua exposição coloca o leitor em dia com o que é recente, ainda que ao escritor possa parecer repudiável. Não é, a sua, a produção fechada de um sectário, mas a perspectiva ampla do panorama jurídico-penal contemporâneo.

As suas objeções podem ser vibrantes. Nunca, porém, são contundentes. Observa-se-lhe, invariavelmente, um respeito polido para com o adversário, o que está longe de constituir regra absoluta no seu país, onde, por vêzes, o dissídio entre os agrupamentos ideológicos se ressentido do amargor e da aspereza das questões pessoais.

As sucessivas edições que teve o seu grande livro — exatamente porque não havia fadiga que lhe suplantasse o amor pela investigação e pelo estudo — foram o ensejo de uma contínua remodelação. Na sua modesta maneira de entender, a perfeição estava por demais distante, era inatingível, mas cumpria porfiar ininterruptamente na caminhada para ela. Os livros jurídicos, advertiu na sua simplicidade, não são como os romances. Necessitam de uma reelaboração incessante. Por isso mesmo, pelo esmêro e pelo brilho que comunicou ao seu trabalho, nas suas páginas o Direito Penal se ergue do materialismo desconcertante que o sufoca nas aplicações diuturnas, para se tocar de um halo de sugestiva beleza.

Invejo PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR por haver conhecido pessoalmente êsse homem de tanto mérito e haver usufruído a sua amizade. Foi encontrá-lo aquêle jovem cultor da ciência penal no crepúsculo da existência, vergado ao pêso dos seus oitenta anos e de sofrimentos cruéis, na intimidade da sua moradia pobre, onde, no inverno rigoroso, o que mais parecia aquecê-lo era o facho do ideal de um lutador sem esmorecimento. O incansável mestre não se desapegava da sua curiosidade insatisfeita e dos seus volumes de cabeceira, e a sua mão trêmula continuava a escrever,

pregando os princípios que eram todo o seu passado, até declinar para a morte, que há poucos meses o colheu.

A notícia de que o seu livro iria ser vertido para o português, no Brasil, sensibilizou-o profundamente. Figurou-se ensinando nas plagas auspiciosas da América as lições que formulara para o velho mundo, o que era o mesmo que esparzir uma sementeira em terra fecunda, sendo êle o sementeiro. Não querendo que a edição brasileira excetuasse o seu impostergável anseio de aperfeiçoamento, enviou recomendações minuciosas acêrca de determinadas passagens e até textos penais recém-promulgados, para serem levados em conta. Não permitiram os insondáveis desígnios de Deus que se lhe desse a felicidade mais palpável de ver e manusear esta tradução.

Completam-na observações de autoria do desembargador e professor EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA, destinadas a relacionar o texto com o nosso direito positivo. Graças a essa iniciativa, multiplica-se o interêsse da leitura, que situa de imediato o estudioso dentro da nossa vida judiciária, através do excelente manancial alienígena transplantado para o vernáculo.

Proporcionando ao público esta obra de escol, a Livraria Saraiva faz jus a congratulações. Divulga no Brasil um luminar do Direito Penal. Contribui para o aprimoramento da nossa cultura jurídica. E, como justa compensação, realiza um empreendimento que terá a melhor acolhida. Há de tê-la.

Estudo analítico do direito ao cargo.

Fernando Henrique Mendes de Almeida

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

SÚMULA: 1. *Introdução.* 2. *Direito ao cargo, na hipótese de estabilidade.* 3. *Direito ao cargo, na hipótese de vitaliciedade.* 4. *Criação, modificação e extensão do direito ao cargo.* 5. *Defesa do direito ao cargo.* 6. *Observações colhidas da doutrina.* 7. *O direito ao cargo no Direito Anterior.*

Introdução.

1. De visão panorâmica do pessoal existente nos serviços públicos administrativos diretos, desde logo, colhe-se a impressão de que todo êle se vincula à Administração Pública através de diversas espécies de relações jurídicas de função pública. É o que vem plasmado no sistema estruturado pelo nosso Direito Positivo. A diversidade consiste na possibilidade de distinção entre:

i) relações jurídicas de função pública insuscetíveis de gerar quaisquer *garantias* para aquêles que, mediante elas, ocupam cargos públicos;

ii) relações jurídicas de função pública que não na origem, mas, na sucessão, podem gerar fixidez relativa;

iii) relações jurídicas de função pública que, na origem, geram fixidez quase absoluta. As relações jurídicas de função pública situáveis na letra “a” da classificação

acima referem-se aos casos de confiança e de livre-nomeação e livre exoneração de ofício¹; as situáveis na letra “b” são as de ocupantes de cargos que tendem à conquista da estabilidade, ou já a conquistaram; as situáveis na letra “c” são as de ocupantes de cargos em que, em benefício mesmo do melhor exercício de seus misteres, têm direito ao cargo, sob a garantia da vitaliciedade².

2. Em resumo, só se pode falar de *direito ao cargo* com respeito a: 1.º) funcionários estáveis; 2.º) funcionários vitalícios³.

3. Quando emergido, nas relações jurídicas de função pública, o direito ao cargo não tem natureza patrimonial⁴. Os cargos públicos são criados no interesse público e não assim no dos que, em virtude de relações jurídicas de função pública, os ocupam. Assim, ainda que, a título de rósea metáfora, não é admissível se aplique à situação dos ocupantes de cargos vitalícios a idéia de propriedade, como

1. *Const. Federal de 1946*, parágrafo único do art. 188. Ali os constituintes usaram a expressão “livre demissão”, esquecidos de que demissão, hoje, é *pena* (Confira-se o artigo 15, parágrafo 6.º da Lei Federal n.º 1.711, de 1952). Sobre a generalização do emprêgo da palavra *demissão* por *exoneração*, leia-se: PETROZZIELLO, *Rapporto di pubblico impiego* p. cc, nota no *Trattato Completo*, de V. E. ORLANDO.

2. Para o âmbito dêste estudo, no artigo 187 da Constituição Federal de 1947 só apresentam interesse os Ministros do Tribunal de Contas e os professores catedráticos. Os órgãos do Judiciário e os officios de Justiça fogem a êle.

3. *Constituição Federal de 1946*: artigos 188 e 189. A *perda de cargo*, para os estáveis, ocorre em virtude de imposição de *pena disciplinar fundada*, de caráter expulsivo (C. Federal de 1946: artigo 190) ou de pena acessória de perda de função pública (Código Penal, artigo 67, n.º I); para os vitalícios, só em decorrência de sentença passada em julgado, que lhes comine tal pena (Constituição Federal de 1946, artigo 189, n.º I).

4. MASAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*, II, n.º 379, p. 232.

até ao comêço do século era corrente⁵, ainda que ao provimento haja precedido concurso⁶.

4. O direito ao cargo é *pessoal* e se concretiza através do regular exercício das atribuições, com o cumprimento do *dever de comparência*⁷ a cuja verificação corresponde a percepção do estipêndio que, por lei, couber.

5. Quem é titular do cargo público e já tenha *direito ao cargo*, extinto êste, é disponibilizado. Tal é o sentido que se deve ter presente na expressão da lei: “a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo”⁸ a menos que se pudesse admitir colisão de textos estatutários com textos constitucionais. Com efeito, se a Constituição Federal alude a *perda de cargo*⁹ e só se pode perder o que já se teve, inútil é que um estatuto se ponha em sutilezas.

5. A expressão “lente proprietário” aparece transcrita várias vêzes, (como, por ex., na p. 374) na obra de PRIMITIVO MOACYR: *A instrução e o Império*. — Era freqüente nos escritores antigos, como se vê em SILVESTRE GOMES DE MORAIS, *Tractatus de executionibus instrumentorum et sententiarum*, tomo II, cap. 3, n.ºs 19 a 25 e p. 36 a 37.

6. Pela *Ordenação Filipina* do livro 1.º, título xcvi, conclui-se que os ofícios de Justiça e de Fazenda eram dados pelo Rei a seus afetos; mas, êle podia tirá-los, como os dera, sem ser obrigado a satisfação alguma. Parece ter vindo daí a idéia de “*propriedade de cargo público*”.

7. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, artigo 194, n.ºs. I e II.

8. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, artigo 82, parágrafo 2.º.

9. *Const. Federal* de 1946, artigo 189:

.... perderão o cargo:

II) quando estáveis .. (no caso)... de serem demitidos.

Inútil é que o artigo 82 da *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, no parágrafo 2.º queira distinguir a estabilidade (que é grau de direito ao cargo) em estabilidade no serviço, para o efeito de extinto o cargo, fundar a disponibilização, e em estabilidade no cargo. Trata-se de ociosidade.

6. A colocação em disponibilidade se impõe, quando o funcionário já é estável, não para significar que não há um *direito ao cargo*, mas, para fazer crer que, em caso de extinção legal, há, apenas, quando muito, perda *transitória do cargo*¹⁰ e não do direito a êle, que êste se transforma em direito ao *estipêndio* sem correlativo dever de comparência, até a restauração do “*statu quo ante*”.

Realmente. A disponibilização, trazendo em si uma como dispensa de exercício, não tem efeito suspensivo sobre a relação de função pública; transforma-a, apenas, de modo provisório porque o cargo não mais existe e “*ad impossibilia nemo tenetur*”. Fica, entretanto, o disponibilizado com os mesmos direitos e deveres de funcionário, guardadas as proporções da natureza das cousas. Assim é que o disponível não pode acumular proventos de outro cargo aos daquele que teve, nem fica isento de sofrer pena disciplinar por faltas cometidas antes de sua disponibilização¹¹.

2. Direito ao cargo e suas notas na hipótese de estabilidade.

7. Na hipótese de estabilidade, o direito ao cargo não aparece desde logo, isto é, com a simples nomeação, seguida de investidura, posse e exercício; antes atravessa um período de apuração dos integrados nas relações jurídicas de função pública, do qual pode emergir, ou determinar fim das ditas relações jurídicas, embora sem causa oriunda de qualquer espécie de procedimento disciplinar administrativo.

8. Aos diferentes pontos iniciais da conquista da estabilidade nas relações jurídicas de função pública não

10. *Const. Federal de 1946*, art. 189, n.º II e parágrafo único Art. 189, n.º II: ... “perderão o cargo”: — quando estáveis... no caso de se extinguir o cargo”... “até o seu *obrigatório* aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava”.

11. *Lei Federal n.º 1.711*, de 1952, artigo 212.

se tem, na prática entre nós, dado interpretações consentâneas com as características que apresentam. Daí correrem como pacíficas idéias abstrusas que se apoiam na redação nem sempre feliz de estatutos de funcionários públicos, ou no comodismo de soluções jurisprudenciais nem sempre refletidas. É o que veremos, a seguir.

9. Declara a lei que a nomeação será feita “em caráter efetivo”, quando se tratar de cargo isolado ou cargo de carreira¹².

Por tais dizeres (“em caráter efetivo”) só se pode concluir que toda nomeação dá, desde logo, origem a direito ao cargo, ou, por outras palavras, que a “efetivação” é contemporânea da nomeação. Ora, isto é absurdo, porque: 1.º) nomeação, sem investidura, nem posse, não assinala início de relação de função pública e a própria lei declara que a estabilidade sobrevem em tempo muito distante dela¹³; 2.º) nomeação não seguida de investidura, posse, compromisso de fidelidade e exercício é nenhuma¹⁴; 3.º) a estabilidade não nasce com a nomeação, por isso que o “funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo” somente a adquire com 2 ou 5 anos de exercício¹⁵. Como se vê, uma desordem de idéias! E tudo porque o legislador federal usou a expressão “em caráter efetivo”¹⁶ para indicar a idéia de nomeação para cargo em que é possível provimento definitivo futuro, isto é, ocupação com vinculação, dotada de estabilidade, de cargo de provimento efetivo¹⁷. Mas, o tratar-se de cargo legalmente ocupável em caráter efetivo não autoriza se diga que a nomeação de quem o ocupe seja em “caráter efetivo”¹⁸, antes de verificado o

12. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, n.º II do art. 12.

13. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 21, n.º II.

14. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 21, n.º II.

15. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, arts. 29 e 30.

16. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 21, n.º II.

17. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 82.

18. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 12, n.º II.

momento da aquisição da estabilidade, que é, realmente, o instante da *efetivação*.

A impropriedade, que acabamos de apontar, bem como outras que os estatutos encerram desde o Decreto-lei federal n.º 1.713, de 1939, tem determinado soluções cuja trágica comicidade nos abstemos de comentar.

Não há, em hipótese qualquer em que o titular possa vir a adquirir estabilidade, admissibilidade lógica de “nomeação em caráter efetivo”¹⁹. O que há — isto sim — é nomeação que pode levar o nomeado à estabilidade, no momento em que, então, se assinala a “*efetivação*”.

10. As espécies que podem conduzir, ou deixar de conduzir algum ocupante à conquista da estabilidade são, nas nossas leis, duas: 1.^a) a da relação jurídica de função pública *condicionada*; 2.^a) a da relação jurídica de função pública subordinada a *térmo*. Na primeira, a lei estabelece um período de prova dentro no qual o ocupante deve preencher requisitos ou, não os preenchendo, ser exonerado de ofício: é o caso de estágio probatório²⁰; na segunda, a lei estabelece um termo fixo (com “*dies a quo*” e “*ad quem*”) para a relação de função pública, o qual, excedendo de 2 anos, sem sujeição do ocupante a concurso de que saia classificado e nomeado²¹ passa a ser exonerável ao nuto de Administração Pública. O estagiário, durante o período de prova ou estágio probatório e o interino, dentro do termo de dois anos, embora não tenham estabilidade, não podem ser exonerados de ofício, pois, submetê-los a isso é obstrução da conquista da estabilidade²².

19. Como se lê no n.º II do art. 12 da *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952.

20. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 15 e 82.

21. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 12, n.º IV e parág. 1.º.

22. Sobre o assunto, vejam-se: nosso trabalho *Notas sobre o estágio probatório*, (*Rev. dos Tribunais*), vol. 289, 1959, p. 7 a 16 e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 58, 1959; PETROZZIELLO, *ob. cit.*, p. 201; PACINOTTI, *L'impiego nelle Pubbliche Amministrazioni secondo il Diritto Positivo Italiano*, p. 178, n.º 38; PORTA, *Il servizio di prova negli impieghi*

1. Do até aqui exposto, segue-se que, salvo os casos de *comissão*²³ que importam garantia nenhuma: a) o estagiário pode vir a conquistar a estabilidade e, por isto, é inexorável de-ofício, enquanto não se exaure o período de prova; b) o interino, nos dois primeiros anos que antecedem a previsível abertura de concurso, por igual, é inexorável de ofício²⁴.

3. Direito ao cargo e as suas notas na hipótese de vitaliciedade.

12. É a vitaliciedade um grau de *direito* ao cargo. Apresenta-se com maior firmeza do que a estabilidade, por isso que o titular de cargo provido em caráter vitalício somente pode ser dêle *demitido* por força de determinação de sentença passada em julgado²⁵.

A vitaliciedade, salvo disposição expressa de lei específica, nasce com a nomeação regular, seguida de investidura, posse e exercício. Adquirida a vitaliciedade contemporaneamente aos fatos que acabámos de assinalar, ela só se elimina: a) pelo julgamento definitivo do titular do cargo; ou, b) pela morte do titular do cargo. Ainda que extinto o cargo, o seu respectivo titular não fica em virtude disto impedido de perceber estipêndio, contar tempo e fruir vantagens, como se extinção não tenha havido²⁶.

statali e la sua valutazione, (Riv. di Diritto Pubblico, 1937, 1.^a parte, p. 607 e 609); BORAZIO, *Il periodo di prova*, na Riv. di Diritto Pubblico, 1924, p. 360 a 364.

23. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, parág. 1.º do art. 82; *Const. Federal de 1946*, art. 188.

24. Se o cargo em que ocorre o período de prova é extinto, cabe a exoneração (*Const. Fed. de 1946*: art. 188, ns. I e II e 189, n.º II) — E mesmo quanto ao interino. A demissão de estagiários e interinos não é de mister preceder procedimento administrativo disciplinar (*C. Fed. de 1946*: art. 189, n.º II).

25. *Constituição Federal de 1936*: art. 189, n.º I.

26. MASAGÃO, *ob. cit.*, *lug. cit.*.

A vitaliciedade, pôsto que se comunique ao titular, não é estabelecida, em princípio, em benefício do titular do cargo, e, sim, para que, a salvo de temores e a cavaleiro das seduções da subserviência, possa exercer seus misteres²⁷. É o caso dos Ministros do Tribunal de Contas que, sendo funcionários do Executivo, são vitalícios. Eles são vitalícios, mas não são juizes. Nem são juizes porque levam os nomes de Ministros. São vitalícios para que, a salvo de perseguições eventuais, possam examinar a legalidade das Contas do Poder Executivo.

4. Criação, modificação e extinção do direito ao cargo.

13. Todo direito nasce de um ato ou um fato jurídico. O direito ao cargo, em casos de vitaliciedade, nasce com a nomeação regular, seguida de investidura, posse e exercício. O direito ao cargo, em casos de estabilidade, nasce com o ato ratificador da nomeação anterior, na relação jurídica de função pública sujeita a condição, ou a têrmo, desde que este seja *certo*²⁸.

A relação de função pública tem seu instrumento na nomeação (ato jurídico-administrativo) que:

a) cria desde logo o direito ao cargo, no caso de vitaliciedade;

b) depende de ratificação posterior ao período de prova, para fazer surgir o direito ao cargo.

14. O direito ao cargo modifica-se por via de: 1.º) transmutação; 2.º) transferência; 3.º) remoção.

15. Dá-se a *transmutação*, quando é extinto o cargo, e o funcionário é disponibilizado até que o recriem, ou

27. BARBALHO, *Const. Fed. de 1891, Comentários*, 1.ª ed., p. 231, 360 e 361.

28. *Lei Fed. n.º 1.711, de 1952, arts. 12, 15, 17 e 82.*

criem outro cargo análogo àquêle que, estável, ou vitalício, ocupava²⁹, contando tempo como se em trabalho estivesse e percebendo estipêndio. O direito se transmuda aí, para singularizar-se nisto: relação jurídica de função pública de quem já não tem cargo. O disponibilizado, ao que nos parece, não é inativo pròpriamente e sim “inativo ficto”³⁰. Colocado num quadro suplementar, por obra do que (como lei), embora previsível mas, por êle insuscetível de ser evitada, veio golpear a existência do cargo, o disponibilizado flui de obra do acaso na figura do “fait du Prince”; êle não pode ter exercício no espaço e, porque seu cargo não mais existe e já era estável quando foi extinto, seu direito, “si et in quantum”, fica restrito ao estipêndio e à contagem de tempo (até ao aproveitamento, se se tratar de estável) e ao estipêndio, à contagem e às prerrogativas ligadas ao cargo extinto (até recriação, se se tratar de vitalício).

16. Modifica-se o direito ao cargo, como dissemos, ainda através da transferência e da remoção. Transferência é a passagem do ocupante de um cargo para outro, em quadros ou unidades diferentes, desde que o provimento seja idêntico ao do cargo primitivo³¹. Há dois tipos de transferência: a) a que corresponde a pedido do funcionário, mas deve nisto levar em conta a conveniência do serviço público³²; b) a feita no interêsse da Ad. Pública, de ofício³³. A primeira espécie pressupõe cargo a ser provido por merecimento³⁴. A remoção ocorre num mesmo Ministério; não é, pois, tão extensa quanto a transferência, mas,

29. *A C. Fed. de 1946* (art. 189, n.º II) fala em “perda de cargo”, à falta de expressão mais ao alcance do vulgo. O cargo é que é extinto e, por não se poder exercer o que não existe, há a disponibilização.

30. Veja-se, contudo, o art. 212 da *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952.

31. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 53.

32. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 52, n.º I.

33. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 52, n.º II.

34. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 52, parág. 1.º.

importa igualmente alteração do *direito ao cargo* pela substituição do objeto, o que, ademais, se dá pela promoção, nos cargos que a comportam.

17. Extingue-se o direito ao cargo pela morte do titular (hipótese de fato jurídico a influir na relação jurídica de função pública). Outras formas de extinção são: a) da via administrativa (pena expulsiva, em caso de estabilidade); b) da via judiciária (pena imposta em juízo, em caso de vitaliciedade). Pode-se, contudo, recobrar o direito ao cargo e isto se dá:

- a) pela reintegração³⁵;
- b) pela recondução, isto é, retôrno sem direito a atrasados³⁶ ou readmissão³⁷;
- c) reintegração administrativa³⁸.

18. A disponibilidade e a aposentadoria não extinguem direito ao cargo; modificam a relação de função pública. A disponibilidade cessa pelo aproveitamento³⁹; a aposentadoria pode cessar pela reversão⁴⁰. Não é exato, entretanto, que a primeira importe suspensão, ou interrupção de “status” e a última fim da relação jurídica, tanto assim que o disponível e o aposentado são subordinados a poder disciplinar⁴¹.

5. Defesa do direito ao cargo.

19. O direito ao cargo, segundo vimos, pode ser golpeado:

35. *C. Fed. de 1946*: art. 190, *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 58.

36. *C. Fed. de 1946*, art. 190, parte final.

37. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 62.

38. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 58.

39. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 64.

40. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 68.

41. *Lei Federal* n.º 1.711, de 1952, art. 212 e parágrafo único.

a) nos casos de estabilidade, pela apuração de culpa disciplinar, ou, pelo procedimento judiciário cuja solução seja perda de cargo público, como pena acessória;

b) nos casos de vitaliciedade, como obediência a determinação de sentença passada em julgado.

Partindo de tais observações, pois, pode-se dizer que a defesa do direito ao cargo:

I) para o estável, ocorre extrajudicialmente: a) no curso do procedimento administrativo disciplinar que tenha por escopo a apuração da culpa disciplinar e subsequente aplicação de pena expulsiva, por via de ato administrativo punitivo; b) na instância administrativa, através de recursos, inclusive aquêle que objetive a revisão processual; judicialmente, pelo exercício de ação em que tenha em mira sua reintegração, ou pela defesa em juízo criminal para, com a pena principal, obter a exclusão da pena acessória de perda de cargo público⁴²;

II) para o vitalício, ocorre, quando, movendo-se-lhe processo, é ameaçado de o perder, por via de determinação judicial.

6. Observações colhidas da doutrina.

20. Já se disse aqui que há um direito ao cargo, o qual, não sendo de natureza patrimonial, é, entretanto, de natureza pessoal. Sua conservação verifica-se pelo exercício regular do cargo, através do cumprimento do *dever de comparência*. (v. I, n.º 4, retro). Agora se nos oferece ocasião para indagar a maneira por que, em doutrina, se tem entendido este assunto.

42. *Cód. Penal*: art. 67, n.º I e art. 70. — Como o faz BORSI, (*La giustizia amministrativa*, passim), consideramos o Juízo na ação cujo objeto seja administrativo um remédio administrativo, o que aplicamos, ainda ao caso de Jurisdição una, como é o do Brasil.

21. De uma feita, deixámos, num de nossos escritos, o seguinte: “Aos *deveres*, em gênero, relativos ao funcionário, correspondem *direitos*, que a doutrina ora prefere tratar sob a designação de *vantagens*, ora concede que sejam direitos e vantagens, ou, finalmente, prefere chamar: direitos condicionados, ou mitigados. Não há tempo, nem lugar para que aqui se discutam, na procedência ou improcedência, os fundamentos do que se tem dito a propósito do assunto. Para nós, o de que se trata é de *direitos*, compreendendo ora um substrato ideal, ora um conteúdo patrimonial. No que concerne à primeira espécie, tem o funcionário direito ao título de que decorre o exercício do cargo público que exerce, bem como às honras a que faz jus em razão dêsse mesmo título. Não tem, porém, *direito ao cargo*, ainda que seja estável e passada a ratificação do “status” decorrente do estágio probatório. Eis porque, seguindo orientação do Direito Brasileiro e de estatutos anteriores, a Lei Federal n.º 1.711, de 1952, declara no parágrafo 2.º, n.º II, do artigo 82: “A *estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo*”⁴³. Em vista desta afirmativa, fomos honrados com a seguinte crítica: “Entendem alguns que se não pode falar em direito ao cargo em relação aos funcionários estáveis (cf. FERNANDO H. MENDES DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 181). E os Estatutos procuram adotar essa orientação quando declaram no artigo 82, parágrafo 2.º, que a estabilidade diz respeito ao serviço público e não ao cargo. Essa opinião se origina provavelmente de que o funcionário estável não goza da inamovibilidade que beneficia os vitalícios. As necessidades do serviço público podem importar na remoção dêle. Mas, ela se fará sempre para cargo equivalente, e jamais para simples função, a que não corresponda tal cargo. A substituição do objeto do direito por outro que proporciona iguais vantagens não demonstra ausência daquele direito, mas,

43. J. H. MENDES DE ALMEIDA, *Noções de Direito Administrativo*, p. 181, n.º 43, início.

sua existência. Por outro lado, se o cargo fôr extinto, ficará o funcionário estável em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava. Por conseguinte, o artigo 82, parágrafo 2.º dos Estatutos contém afirmação que se não compadece com a realidade de outros passos do mesmo diploma”⁴⁴. Sentimo-nos sobremaneira honrados com a objeção do mestre, em cujo rastilho temos sempre procurado andar. Contudo, como neste estudo passamos a sustentar precisamente a teoria inversa à inspirada pela letra estatutária, não podemos deixar de notar que, na estabilidade, o direito ao cargo não tem tamanha intensidade quanto se apresenta na vitaliciedade, e, sem dúvida, aparece clara aos nossos olhos tal observação, quando notamos que: a) a eliminação desse direito, no primeiro caso, é possível apenas por força de procedimento administrativo disciplinar, ao passo que, no segundo, só em razão de sentença passada em julgado; b) a inamovibilidade, implícita na vitaliciedade, ou referida em lei ao lado desta a fim de evitar dúvidas, deixa entrever que o vitalício tem um real *direito ao cargo*, o que não sucede com o estável, para quem, tal *direito* não é “*ao cargo*”, mas, “*a um cargo*”, ressalvada apenas a questão da compatibilidade. Poder-se-á dizer, agora, que, a esta altura, nós é que estamos a gizar sutilezas. Não nos enquisilaria a observação, se fôsse procedente. Contudo, ela não o é. E não o é, porque o que dissemos muito pela rama aqui e quanto estamos dizendo ainda, tudo, em suma, foi objeto de discussões na doutrina, lá fora. É o que veremos.

22. Numa lição italiana lê-se: “*Perfeita* garantia de direito ao cargo é dada unicamente àquêles empregados denominados *inamovíveis*: por isto êsses gozam de tratamento privilegiado em confronto com os demais”⁴⁵. A

44. MASAGÃO, *Curso de Direito Ad.*, II, p. 231 e 232, n.º 379.

45. VITTA, *Diritto Amministrativo*, 4.^a ed., II, p. 256.

referência aos que não são *inamovíveis* e onde se fala em estabilidade⁴⁶ é de que, com tôdas as garantias embora e ao lado das formas de desligação criadas nas leis dos estáveis, não se pode falar tenham “verdadeiro e próprio direito ao cargo”⁴⁷. É que sòmente se pode falar que ao funcionário cabe um direito subjetivo perfeito ao cargo, quando sua exoneração de ofício e sua demissão ficam subtraídas da apreciação da Administração Pública e entregues a apreciadores a ela estranhos⁴⁸. Aqui, a questão já se resolve em têrmos bem diferentes e são êstes: a) há perfeito direito ao cargo, quanto aos vitalícios, porquanto são inamovíveis e só podem ser demitidos em razão de fatos a serem apreciados por órgãos estranhos à Administração Pública (entre nós: Poder Judiciário); b) há apenas um *direito condicionado*, quanto aos estáveis, porque êstes podem ser, de um lado, demitidos por fôrça de procedimento administrativo disciplinar, ficando sempre com um interêsse comparável ao interêsse legítimo enquanto não colida com o interêsse público⁴⁹. Portanto, compreendido que o *direito ao cargo*, nos estáveis, é *condicionado*, chegaríamos, quiçá à conclusão de que não houve grande evolução da matéria, neste século. Veremos, porém, que tal apreciação é injusta, se voltarmos vistas ao passado, já por via do Direito Positivo, já por via da doutrina, e ali acharmos, unicamente, além da vitaliciedade, como exceção, apenas o império do nuto administrativo.

Na doutrina, entre aquêles que atribuíam à relação de função pública natureza civil, ora falando desta ostensivamente, ora referindo expressões convizinhas, era comum, no passado, negar a existência de direito ao cargo ou fazer-lhe menção. Tal a hipótese da lição que segue: “Convém distinguir a perpetuidade ou *estabilidade administrativa* da

46. .. “*un certo senso di stabilità*” (VITTA).

47. VITTA, *ob. cit.*, II, p. 263 e 264.

48. VITTA, *ob. cit.*, II, p. 255.

49. VITTA, *ob. cit.*, II, p. 256.

estabilidade jurídica, imovibilidade de grau e de cargo”⁵⁰. E depois disto, nada se lê quanto ao *direito ao cargo*.

Quanto àquêles que resistiam debilmente à decisão de convir em que a relação de função pública fôsse de Direito Público e falavam em contrato de “Direito Misto”, não faltou, dentre êles, quem, com todo o pêsso de sua autoridade, negava o direito ao cargo e à permanência no serviço público, e, portanto, a estabilidade no sentido próprio e no sentido impróprio⁵¹.

23. Propendemos realmente — e agora declaramos — para adotar esta solução:

I) Quanto a vitalícios, não se pode senão falar em direito ao cargo;

II) quanto a estáveis, o de que se trata é de interêsse tutelado com a variedade que fôr oferecida pela fôrça e pelo fim da norma objetiva reguladora de cada espécie⁵².

7. O direito ao cargo no Direito Anterior.

24. No Império, não havia direito ao cargo, no sentido que aqui estamos a examinar. Declarava, efetivamente, a sua Constituição de 25 de março de 1824 que os juizes-de-direito eram “*perpétuos*”, porém, *amovíveis*⁵³ porque mutáveis “de uns para outros lugares pelo tempo e maneira que a lei determinar”⁵⁴. Contudo, sòmente poderiam

50. MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 6.^a ed., 1909, p. 210.

51. ORLANDO, *Principi di Diritto Amministrativo*, p. 125 a 128, n.ºs. 194 a 200, da 5.^a ed., 1925. No mesmo sentido: *Principi di Diritto Amministrativo*, p. 108 e 109 de ROMANO; PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, II, 1905, p. 11 e 12, n. 415.

52. PETROZZIELLO, *ob. cit.*, p. 236; LENTINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, I, p. 572.

53. *Const. do Império*: Art. 153.

54. *Const. do Império*: Art. 153.

“perder seus lugares por sentença”⁵⁵, ainda que o Imperador os pudesse suspender, depois de ouvi-los, tomada audiência do Conselho de Estado em sede jurisdicional⁵⁶. Ora, se o atributo da inamovibilidade, que deve estar implícito na vitaliciedade, não existe, de nada vale falar em “perpetuidade”⁵⁷. Por isso é que, segundo nos parece, é lícito concluir que nem os juizes de direito foram, no Império, titulares de *direito perfeito ao cargo*. Quanto aos funcionários no sentido restrito, não se cuidava senão de pô-los sob o grifo comum da chamada: “*demissibilidade ad nutum*”. Limitava-se a Constituição Imperial a proclamar que todo cidadão poderia ser admitido aos cargos públicos, “sem outra diferença que não a de seus talentos e virtudes”⁵⁸. E as leis ordinárias, ao demais, nada mais disseram quanto a qualquer vislumbre de estabilidade.

25. Por igual, nem a sempiterna e inolvidável porque a maior, pela técnica, isto é, a Constituição Federal de 1891, cuidou da estabilidade. A vitaliciedade, porém, nela, mereceu carinhosa preceituação⁵⁹ e, sob a sua vigência, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e leis federais ordinárias construíram as bases do que, ao depois, se chamou: estabilidade⁶⁰. Como se formou, historicamente, a idéia de estabilidade tal qual vemos, no Direito Brasileiro, é ponto para rememorar aqui.

55. *Const. do Império*: Art. 155.

56. *Const. do Império*: Art. 154. — O Conselho do Estado era o órgão básico do contencioso administrativo que existiu no Império. Foi extinto pelo artigo 32 do Ato Adicional (Lei de 12 de agosto de 1834), mas, recriado, não só como órgão consultivo, pela Lei Ordinária n.º 234, de 23 de novembro de 1841.

57. *Const. do Império*: art. 153.

58. *Const. do Império*: art. 179, n.º 14.

59. *Const. Fed. de 1891*: art. 57 e art. 89, parte final.

60. Útil é, a êste propósito, a leitura dos segs. trabalhos: PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*; PAULO DOMINGUES VIANNA, *Do estatuto dos funcionários públicos*. RUI BARBOSA, *Razões em defesa do Dr. Baptista Pereira*.

O artigo 9.º da Lei Federal n.º 141-B de 30 de outubro de 1893 já acenava para um certo alargamento do âmbito da vitaliciedade, quando dispusera que os empregados de concurso sòmente poderiam ser demitidos em virtude de sentença e o Supremo Tribunal Federal, com jurisprudência oscilante embora, ia entendendo que a cláusula “enquanto bem servir”, pôsto não envolvesse vitaliciedade, exigia apuração de fatos e momentos em que aquêlê que fôsse alvo de demissão tivesse começado a mal servir. Caso típico em que se assinalou tal evolução é o que iremos resumir, em seguida.

26. Por decreto de 16 de julho de 1907 foi demitido um médico do internato do “Colégio Pedro II”. Imputara-se-lhe desídia em nota confidencial do Diretor do estabelecimento ao Ministro da Justiça e dos Negócios do Interior e, êste, sem ouvi-lo, demitiu-o. Demitido, contudo, não se conformou, porque, sôbre não ter sido ouvido de qualquer modo quanto à imputação que se lhe fizera, fôra admitido sob a cláusula “enquanto bem servir”. E judicialmente logrou ver coroada de êxito sua pretensão de reintegrar-se⁶¹. É que a cláusula era tradução do “during good behaviour” com que eram nomeados os juizes da Suprema Côrte Americana, os quais, embora não vitalícios, para que fôsem demitidos, só poderiam sê-lo com ficar provado quando e como começaram a mal servir⁶². Êste e outros julgados de solução análoga, a despeito da oscilação da jurisprudência, acrescidos da circunstância de a Lei Federal n.º 117, de 4 de novembro de 1892 haver previsto aposentadoria num sistema em que a chamada demissibilidade “ad nutum” era regra, levaram o legislador federal a baixar um diploma em que se esquetizou a estabilidade, consagrada, ao depois, em texto

61. PAULO DOMINGUES VIANNA, *Do estatuto dos func. públicos*, p. 48 a 52.

62. Veja-se também RUI BARBOSA, *Demissão de Curador de Órfãos*, p. 59. Em sentido oposto: ARAUJO CASTRO, *Estabilidade de funcionários públicos*, p. 88.

constitucional⁶³. Foi a Lei Federal n.º 2.924, de 5 de janeiro de 1915 que, no seu texto, declarou: “O funcionário ... federal, salvo ... em comissão, que contar 10 ou mais anos de serviço federal sem ter sofrido pena no cumprimento de seus deveres, só poderá ser destituído, ... *mediante processo administrativo*”. Foi daí que os constituintes de 1933 colheram elementos para a redação (aliás, infelicíssima) do artigo 169 da Constituição Federal de 16 de julho de 1934. De qualquer modo, deve ficar bem claro que a história da estabilidade na relação jurídica da função pública é efeito de 4 causas:

- a) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;
- b) a aposentadoria ampliada, constante da Lei Federal n.º 117, de 4 de novembro de 1892;
- c) a Lei Federal n.º 2.294 de 5 de janeiro de 1915;
- d) a canonização constitucional ocorrida no artigo 169 da Constituição Federal de 1934 mantida pela Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, no artigo 156, letra “c” e, finalmente, no artigo 189, pela Constituição Federal vigente⁶³, onde as idéias ficaram, a final, satisfatoriamente claras⁶⁴.

63. Tanto o argumento da aposentadoria conta, na história, que o Supremo Tribunal (“*O Direito*”, vol. 104, p. 512; ALCIDES CRUZ, *Direito Administrativo*, 2.^a ed. p. 96), entendia que o *aposentado* se transformava em *vitalício*, qualquer que fôsse a natureza da relação de função pública na atividade.

64. Para um histórico mais rico, leiam-se: PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciário*, p. 32 e segs. RODRIGO OCTÁVIO, *Pareceres na Consultoria Geral da República*, parecer 79-A, de 22 de julho de 1914; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, 1936, p. 565 e 570.

65. No *Acórdão no Recurso da Segurança* n. 9.593, (*Rev. de Direito Administrativo*, vol. 70, p. 170). Ministro GALLOTTI diferença “efetividade” e “estabilidade”, dando a primeira como um estado preparatório para a segunda, em vista do disposto no art. 188 da C. Fed. de 1946. Respeitamos, mas, não esposamos sua opinião pessoal.

As relações do empregador com a segurança social por ocasião dos acidentes do trabalho e das doenças profissionais*.

Nair Lemos Gonçalves

1.^a Assistente e livre docente da Cadeira de Legislação Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; vice-diretora do Instituto de Direito Comparado do Trabalho e da Segurança Social anexo a essa Cadeira.

Introdução.

A) *A Reparação dos Infortúnios do Trabalho.*

Até 1919, as questões referentes aos infortúnios do trabalho no Brasil regulavam-se pelo direito comum, espe-

*. Relatório Nacional apresentado ao V Congresso Internacional de Direito Social, realizado em Lyon (França) de 18 a 22 de setembro de 1963.

Nota: abreviaturas usadas neste relatório:

CLT *Consolidação das Leis de Trabalho.*

DJU *Diário da Justiça da União.*

LAT *Lei de Acidentes do Trabalho* (dec. lei 7.036).

LOPS *Lei Orgânica da Previdência Social* (lei n. 3.807 de 26-8-1960).

LT *Legislação do Trabalho* (revista), São Paulo, Brasil.

MTPS Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

RE Recurso extraordinário.

RF *Revista Forense*, Rio, Brasil.

RGPS *Regulamento Geral da Previdência Social* (aprovado pelo dec. 48 959-A, de 19-9-1960).

RT *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Brasil.

cialmente pelas normas do Código Civil disciplinadoras da responsabilidade pelos atos ilícitos.

A primeira lei especial promulgada foi o decreto legislativo n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, seguindo-se o decreto n.º 24.637, de 10 de julho de 1934, que estabeleceu sob novos moldes as obrigações resultantes dos acidentes do trabalho e, finalmente, o decreto-lei n.º 7.036, de 10 de novembro de 1944, atualmente em vigor com modificações posteriores de pormenor e que dispôs sôbre a reforma da Lei de Acidentes do Trabalho. As normas regulamentares necessárias à execução desta última lei encontram-se principalmente em seu regulamento, aprovado pelo decreto 18.809, de 5 de junho de 1945, e em portarias expedidas pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, dentre as quais assumem grande importância a de n.º 9, de 30 de maio de 1947, que aprovou a relação das doenças profissionais, e a de n.º 4, de 11 de junho de 1959, que aprovou as tabelas para determinação do grau de incapacidade para efeito de cálculo das indenizações por incapacidade parcial e permanente.

B) *O Conceito Legal de Acidente do Trabalho.*

De acôrdo com o decreto-lei n.º 7.036, considera-se acidente do trabalho “todo aquêlê que se verifique pelo exercício do trabalho, provocando direta ou indiretamente, lesão corporal, perturbação funcional, ou doença, que determine a morte, a perda total ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (art. 1.º), entendendo-se como doenças “além das chamadas profissionais, — inerentes ou peculiares a determinados ramos de atividade —, as resultantes das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho fôr realizado” (art. 2.º). Estará caracterizado o acidente “ainda quando não seja êle a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do empregado, bastando que entre o evento e a morte ou incapacidade haja relação de causa e efeito” (art. 3.º).

A lei inclui expressamente as hipóteses seguintes como infortúnio do trabalho de responsabilidade do empregador:

I. no local e durante o trabalho:

1. acidentes em consequência de: a) atos de sabotagem ou terrorismo levados a efeito por terceiros, inclusive companheiros de trabalho; b) ofensas físicas intencionais, causadas por companheiros de trabalho do empregado, ou não, em virtude de disputas relacionadas com o trabalho; c) qualquer ato de imprudência, de negligência ou brincadeira de terceiros, inclusive companheiros de trabalho; d) atos de terceiros privados do uso da razão; e) desabamentos, inundações ou incêndios e outros casos que poderiam ser considerados de força maior, sempre que a ação dos fenômenos naturais tenha sido determinada ou agravada pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço (art. 5.º combinado com o art. 7.º, alínea “b”);

2. acidentes ocorridos no período de tempo destinado às refeições, ao descanso ou na satisfação de outras necessidades fisiológicas, durante o qual é o empregado considerado a serviço do empregador (art. 6.º, parágrafo único).

II. fora do local e do horário do trabalho — acidentes ocorridos: a) na execução de ordens ou realização de serviços sob a autoridade do empregador; b) pela prestação espontânea de qualquer serviço ao empregador com o fim de lhe evitar prejuízos ou de lhe proporcionar proveitos econômicos; c) em viagem a serviço do empregador, seja qual fôr o meio de locação utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado (art. 6.º); d) no caminho de ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, desde que em condução fornecida pelo empregador, ou no caso de a locomoção fazer-se necessariamente por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral (art. 7.º, alínea “c”, *in fine*).

III. *doenças endêmicas* adquiridas por empregados, ainda que habitantes das regiões em que as endemias se desenvolvam, quando ficar comprovado que a doença resultou de exposição ou contacto directo determinado pela natureza do trabalho (art. 7.º, parágrafo único).

Por outro lado, declara a lei expressamente que *não é acidente do trabalho*: a) o que resultar de dolo do próprio acidentado, compreendida neste a desobediência a ordens expressas do empregador; b) o que provier de fôrça maior, quando as instalações do estabelecimento ou a natureza do trabalho não tiverem determinado ou agravado a ação dos fenômenos naturais; c) o que se verificar na ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, em condução não fornecida pelo empregador ou através de vias e meios que não ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral; d) as doenças endêmicas adquiridas por empregados habitantes das regiões em que elas se desenvolvem e que não tenham resultado de exposição ou contacto directo determinado pela natureza do trabalho.

Três são, portanto, os elementos caracterizadores do acidente do trabalho no Brasil: 1) lesão pessoal; 2) nexó etiológico, ou melhor, relação directa ou indirecta entre a lesão pessoal e o trabalho realizado pela vítima; e 3) incapacidade para o trabalho ou morte. Como a relação jurídica decorrente do infortúnio se estabelece, com uma única excepção, entre empregado e empregador, há ainda um elemento preexistente: — o contrato de trabalho, ou a relação de emprêgo.

c) *Âmbito de aplicação da Lei de Acidentes do Trabalho*
(LAT).

A lei considera *empregado* tóda pessoa física que preste serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência económica dêste e mediante salário, não havendo distincções relativas à espécie de emprêgo e à consideração

de trabalho, nem entre trabalho intelectual, técnico e manual (art. 8.º). *Empregador* é a empresa, individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços (art. 9.º). Estão, portanto, aqui abrangidos os diversos ramos da atividade humana, compreendidos inclusive os trabalhadores rurais.

A proteção legal estende-se entretanto a outros trabalhadores: a) aos empregados das instituições de beneficência, associações recreativas e demais instituições sem fins lucrativos e aos empregados domésticos, assim considerados, de modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, porque tais empresas e o empregador doméstico se equiparam ao empregador por disposição expressa; b) a alguns servidores públicos, isto é, aos que pertencem à categoria conhecida como *pessoal para obras* da União, dos Estados, Territórios e Municípios, e aos empregados das autarquias, das sociedades de economia mista, das empresas concessionárias de serviços públicos; e, finalmente, c) aos presidiários, que constituem a única exceção em que se dispensa a exigência de contrato de trabalho ou relação de emprego para caracterização de infortúnio indenizável (art. 9.º §§ 1.º e 2.º).

Excluem-se da LAT: a) os consultores técnicos, inclusive advogados e médicos, que não trabalhem efetiva e permanentemente para empregador, os quais, aliás, não preencheriam os requisitos legais exigidos para reconhecimento da condição de empregado; e b) os funcionários públicos e os extranumerários da União, dos Estados, dos Municípios, Territórios e da Prefeitura do Distrito Federal, os quais têm no Brasil regime jurídico próprio (art. 76, alíneas “a” e “c”).

I. Princípios e normas do direito comum relativos aos infortúnios do trabalho.

a) *Causas de responsabilidade.*

Examinado o conceito legal de acidente do trabalho, verifica-se que, de modo geral, as causas diretas ou indiretas dos infortúnios do trabalho podem classificar-se em *objetivas*, que incluiriam as hipóteses de caso fortuito e força maior e *subjetivas*, abrangendo o dolo ou a culpa do empregador, do empregado e de terceiros, nestes incluídos os companheiros da própria vítima, sempre que não assumam, no caso concreto, a posição de prepostos do empregador.

Segundo disposições expressas da LAT, os princípios e normas do direito comum são aplicáveis sem qualquer restrição ao acidente que motivou a concessão de indenização infortunistica nas seguintes hipóteses:

1. quanto à *responsabilidade civil*:
 - i) acidentes resultantes de dolo do empregador e seus prepostos (art. 31);
 - ii) acidentes provocados por terceiros (art. 32);
2. quanto à *responsabilidade penal*: todos os infortúnios que também configurem crime definido pela legislação vigente, porque o art. 107 da LAT declara que as disposições desta não excluem o procedimento criminal, nos casos previstos em direito comum. Isto poderá ocorrer, por exemplo, nas hipóteses abaixo:
 - i) infortúnios resultantes de dolo do empregador ou de seus prepostos ou de terceiros, que podem caracterizar, conforme o dano pessoal, homicídio ou lesão

- corporal previstos, respectivamente, nos artigos 121 e 129 do Código Penal;
- ii) infortúnios resultantes de dolo da vítima, quando esta não venha a falecer, porque então se configuraria o crime de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, previsto no item v do § 2.º do art. 171 do Código Penal.

A admissão da responsabilidade civil por infortúnio provocado por dolo do empregador ou por terceiros não deu margem a dúvidas ou controvérsias, o mesmo não acontecendo nos casos de culpa do empregador.

Desde a primeira lei de 1919, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm discutindo vigorosamente sobre se a lei de acidentes constitui ou não estatuto derogatório do direito comum, acarretando, com a sua autonomia, para a vítima ou seus beneficiários, o trancamento do recurso às normas disciplinadoras da responsabilidade civil. Nas obras especializadas é comum encontrar-se citação de HELVÉCIO LOPES², que pode considerar-se clássica: “O risco profissional constitui uma derrogação ao direito comum pelo seu caráter *transaccional* entre o patrão e o operário. Êste ganha e perde ao mesmo tempo: ganha, porque obtém a indenização nos casos em que, na ausência de culpa do patrão, não teria nenhum direito a ela; perde, porque a indenização atribuída é menor do que aquela que receberia se provasse a culpa do patrão. A indenização é transaccional: representa uma garantia fixa para os acidentes do mesmo gênero.” Esta citação, à primeira vista, parece levar à conclusão de que, havendo transação esta deve compreender também a parte referente à culpa, não sendo possível admitir ação da vítima ou seus beneficiários para apuração da responsabilidade do empregador por culpa. HELVÉCIO LOPES, entre-

2. HELVÉCIO LOPES, *Os acidentes do trabalho e a jurisprudência dos Tribunais Brasileiros*, Typ. Yankee, 1931, Rio de Janeiro, Brasil, p. 23/24.

tanto, mais adiante³ conclui, com JORGE AMERICANO, que “o operário, de acôrdo com a teoria do risco profissional em que está moldada a lei, tem direito à reparação do acidente, independente de qualquer prova. Fica-lhe, porém, assegurada, em caso de culpa do patrão, a faculdade de optar ou pela ação segundo a lei de acidentes, ou pela ação segundo o direito comum.”

ARAÚJO CASTRO, comentando a lei 3.724, que silenciava sôbre a questão, afirma que, na hipótese de culpa do empregador, o operário não pode invocar o direito comum, porque isso importaria uma injustiça, uma vez que, se a culpa fôsse do operário, o patrão não ficaria exonerado da responsabilidade. Na vigência do decreto n.º 24.637, concluiu ARAÚJO CASTRO que o assunto não admitia mais controvérsias, porque êsse decreto declarava expressamente que “a indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização de direito comum” (art. 12)⁴.

As controvérsias continuaram porém e ainda existem, pelo menos no campo doutrinário, onde grande parte dos autores concluem, como ARAÚJO CASTRO, pela derrogação do direito comum, especialmente porque o decreto-lei n.º 7.036 vigente determina que “O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que êste resulte de dolo seu ou de seus prepostos” (art. 31).

A jurisprudência deu ao art. 31 várias interpretações:

1. Entendem alguns julgados que a referência ao dolo no artigo 31 impede a ação da vítima ou de seus beneficiários, baseada no direito comum, nos casos de culpa do empregador, o que acham perfeitamente compreensível dado o caráter transaccional da indenização por acidente do

3. *Idem, ibidem*, p. 47.

4. ARAUJO CASTRO, *Acidentes do Trabalho*, ed. Freitas Bastos, 4.ª edição, 1939, p. 345 a 349.

trabalho, pois, em caso contrário, não haveria tal transação, porque o empregado teria sempre vantagem, recebendo a indenização tarifária e, nos casos de culpa do empregador, a indenização completa do direito civil. Lembra-se ainda, para justificar êsse entendimento, que no dolo se subentende que o autor quis o resultado, isto é, o evento danoso e, por isso, interpretar dolo como culpa seria adotar tratamento desigual, principalmente porque a mesma palavra aparece no art. 7.º, alínea “a”, da lei, que não considera acidente do trabalho “o que resultar de dolo do próprio acidentado, compreendida neste a desobediência a ordens expressas do empregador”. Nenhum julgador interpretará certamente o vocábulo dolo constante do art. 7.º como significando apenas culpa, porque então grande parte dos acidentes deixaria de ser indenizada, uma vez que a culpa da vítima aparece em elevada porcentagem como causa dos infortúnios, tendo sido precisamente êsse um dos motivos que levaram à adoção da teoria do risco profissional ou do risco de autoridade. Assim, o mesmo vocábulo significaria no art. 7.º ardil para prejudicar outrem e no art. 31 apenas imprudência, negligência ou imperícia. Ora, é contra regra de hermenêutica atribuir, no mesmo diploma legal, ao mesmo termo acepções diferentes (Ver declaração de voto do Des. JUAREZ BEZERRA *in* RT 297/194). “O dolo identifica a vontade direta de prejudicar; a culpa não traz essa identificação, consistindo, apenas, na negligência, imprudência ou imperícia. Por isso, conceitualmente distantes, não podem aquelas duas figuras identificar-se para gerar direitos que nascem apenas de uma delas. Por isso, de outro lado, quando a Lei de Acidentes exige, para indenização de Direito Comum, apenas o dolo, só nesse caso haverá essa indenização. Não se poderá, portanto, em uma interpretação extensiva, alargar o conceito de dolo, para fazer compreender, no texto legal, também a culpa” (Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo *in* RT 307/316).

2. Outras decisões afirmam (RT 277/224, por exemplo) que “o que o art. 31 da Lei de Acidentes impede e não

permite é apenas que, depois de obter uma indenização, em conformidade com as normas concernentes aos acidentes do trabalho, o acidentado ou sucessores procurem conseguir outra pelos meios ordinários”. O pagamento da indenização tarifária constituiria, portanto, o impedimento à ação de direito comum. Nessa ordem de idéias, a aceitação das prestações de assistência médica, farmacêutica, hospitalar foi reconhecida como pagamento parcelado capaz de obstruir o recurso às vias ordinárias⁵.

3. Afirmam outras decisões que o art. 31 proíbe a acumulação das indenizações, mas não a escolha da via processual a seguir, por parte da vítima ou seus beneficiários, os quais, se optarem pela indenização de direito comum correrão os riscos processuais ordinários, relativos especialmente ao ônus da prova da culpa do empregador (RT 153/179, RT 242/260). O recebimento da indenização acidentária não impede a condenação do patrão pelo direito comum, sendo porém descontada da nova quantia a receber o que o patrão já tiver pago como indenização por infortúnio do trabalho (RT 269/380).

4. Admite-se ainda que o art. 31 tem por fim apenas assegurar dupla indenização (a civil e a tarifária) nos casos de dolo e a opção por uma ou outra na hipótese de culpa (RT 269/281).

5. Nas decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão que tem a competência constitucional de uniformização da jurisprudência, encontram-se ainda acórdãos interpretando restritivamente o art. 31 para admitir o recurso às vias ordinárias apenas nos casos de dolo do empregador e seus prepostos (RT 243/588 e 316/561), mas parece que a jurisprudência tende a firmar-se no sentido de interpretar a expressão dolo contida naquela norma legal como signi-

5. *In* “O Estado de São Paulo” de 23-8-1946, *apud* ATUGASMIN MÉDICI FILHO, *Acidentes do Trabalho e Responsabilidade Civil in* RT 169/448.

ficando ao mesmo tempo dolo e culpa equiparada ao dolo, às vêzes designada esta última como falta inescusável ou culpa grave do empregador. “Efetivamente, ao dolo equipara-se a negligência grave, a omissão consciente do empregador que não se incomoda com a segurança do empregado, expondo-o a perigo”, declarou o Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA em julgamento unânime realizado em 15-10-1962 (RE 50.297 — Guanabara — DJU de 29-11-1962, apenso ao n.º 218, pág. 806. No mesmo sentido acórdão unânime da 1.ª Turma em 5-4-1962 — RE 49.462 — S. Paulo — DJU de 17-5-1962, pág. 1020, confirmado unânimemente pelo Tribunal Pleno em 26-10-1962 — DJU 29-11-1962, pág. 3620).

Do exposto se conclui que às causas de responsabilidade civil expressamente reconhecidas pela Lei de Acidentes do Trabalho e atrás indicadas, a jurisprudência acrescenta a culpa ou falta inescusável do empregador ou de seus prepostos, porque a considera equiparada ao dolo.

A responsabilidade civil ligada aos acidentes do trabalho geralmente se refere a atos ilícitos e, portanto, à responsabilidade extracontratual prevista no Código Civil quando:

1. Impõe a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem (art. 159).

2. Declara também responsáveis pela reparação civil o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dêle (art. 1.521, III), estendendo essa responsabilidade às pessoas jurídicas que exercem exploração industrial (art. 1.522).

3. Determina que se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à im-

portância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que êle sofreu (art. 1.539).

4. Declara que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo, porém, questionar mais sôbre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime (art. 1.525).

Muita controvérsia provocou o art. 1.523 do Código Civil que declarou a responsabilidade do patrão, amo ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos dependente da prova de que tais pessoas concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte. Isto porque a aplicação rígida desse dispositivo, como esclarece WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, conduziria a situação injusta e deplorável: o preposto não paga porque não tem recursos financeiros e o patrão também não paga porque não tem culpa. Dois foram os caminhos adotados pela jurisprudência para reagir contra essa exegese: de um lado, procuraram os juristas considerar não escrito o art. 1.523, que vinha anular a responsabilidade estabelecida no art. 1.521, III, transformado num “flatus vocis”; de outro, sob inspiração de SALEILLES que considerava o preposto um instrumento do patrão, o braço por intermédio do qual êle executa o ato, consagrou-se a culpa presumida do patrão. Esta última foi a jurisprudência que se implantou vitoriosamente nos tribunais do país, com o sufrágio do Supremo Tribunal Federal⁶.

b) *Causas de irresponsabilidade.*

Não constitui ato ilícito o praticado em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido, bem como a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente, desde que, neste último caso, as circunstâncias o tornem absolutamente necessário, não

6. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações*, ed. Saraiva, 1959, S. Paulo, Brasil, vol. 2, p. 428.

excedendo o agente os limites do indispensável para a remoção do perigo (art. 160 do Código Civil).

Citando a recopilação de CARLOS DE CARVALHO, esclarece CLÓVIS BEVILAQUA que “O caso fortuito e a força maior excluem a obrigação de satisfazer o dano, salvo convenção em contrário, culpa determinante do caso fortuito ou mora” É irrelevante a distinção entre o caso fortuito e força maior, por serem estas expressões sinônimas no Código Civil, significando ambas “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (art. 1.058).

Em resumo, podemos portanto indicar como causas de irresponsabilidade do empregador ou de terceiros: a) caso fortuito ou força maior; b) estado de necessidade, cujo reconhecimento pode ser imposto ao juízo da reparação do dano, porque “Faz coisa julgada a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade.” (art. 65 do Código de Processo Penal); c) legítima defesa; e d) culpa exclusiva da vítima.

Como a responsabilidade civil do empregador nos casos de infortúnio do trabalho depende, como demonstrado, de dolo ou culpa equivalente ao dolo do próprio empregador ou de seus prepostos, é preciso lembrar a distinção clássica da culpa em: 1 Culpa *lata* ou *grave*, que é a falta imprópria ao comum dos homens, negligência que se confunde com o desleixo e modalidade que mais se avizinha do dolo. 2. Culpa *leve*, que é omissão dos cuidados que ordinariamente presta um bom pai de família, sendo pois evitável com atenção ordinária. 3. Culpa *levíssima* é a de que estão isentos até os homens cuidadosos, só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular⁸.

7 CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. Livraria Francisco Alves, 1949, Rio de Janeiro, Brasil, p. 352.

CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro Recopilado*, Livraria Francisco Alves, 1899, Rio de Janeiro, Brasil, art. 1001 § 4, p. 300.

8. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *op. cit.* na nota 6, p. 419. CLÓVIS BEVILAQUA, *op. cit.* na nota 7, p. 353.

Devemos, portanto, acrescentar às causas de irresponsabilidade do empregador a *culpa leve ou levíssima*, sua ou de seus prepostos.

Lembre-se também que a prescrição, de 30 anos por tratar-se de ação pessoal (art. 177 do Código Civil), é causa capaz de impedir a reparação do dano, porque extingue o direito de ação.

Vigora no Brasil atualmente o princípio do seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho e, por isso, a entidade seguradora (que é a própria instituição de previdência social ou, em certos casos, quando o empregador preferir, uma das companhias particulares legalmente autorizadas) fica subrogada nos direitos e obrigações do empregador. Quaisquer questões que possam surgir entre empregador e seguradora não retirará desta a responsabilidade perante os acidentados ou seus beneficiários, porque das apólices de seguro, que observam modelo aprovado pelo MTPS (Portaria n.º 3, de 7-12-1947) consta cláusula especial determinando que “A exoneração da responsabilidade para com o Segurado, prevista na cláusula anterior, não produzirá efeito em relação às vítimas dos acidentes ou aos seus beneficiários”. A jurisprudência reconhece que as divergências relativas ao contrato de seguro não podem ser discutidas na ação de indenização por acidente do trabalho: — paga a indenização, cabe à seguradora, quando fôr o caso, direito regressivo contra o empregador (RF 138/497; 147/298; RT 204/337; 212/560; 249/409; 286/709; 290/225; 308/369; 319/235; LT set. out. 1961, pág. 437).

II. Princípios e normas do direito do trabalho relativos aos infortúnios do trabalho.

a) *Causas de responsabilidade.*

O conceito legal de acidente do trabalho de que trata a parte “B” da introdução deste relatório, deixa claro que três são os princípios fundamentais da infortunística no Brasil:

1.º) A obrigação de indenizar imposta pela lei ao empregador encontrou seu fundamento primeiramente na teoria do *risco profissional*, durante a vigência da lei n.º 3 724 e, posteriormente, a partir do decreto n.º 24.637, na teoria do *risco de autoridade*, porque a proteção se estendeu aos serviços da indústria, do comércio, da agricultura, da pecuária em geral, bem como aos de natureza doméstica, abrangendo, portanto, atividades em que o risco profissional é praticamente inexistente. Baseada no risco, a reparação dos infortúnios dispensa geralmente indagações referentes ao elemento subjetivo da culpa.

2.º) As doenças profissionais estão expressamente incluídas no conceito de acidente do trabalho, acarretando para o empregador os mesmos encargos dos chamados acidentes-tipo. A proteção legal abrange não só as doenças inerentes ou peculiares a determinados ramos de atividade, conhecidas como doenças profissionais “*tout court*”, ou doenças profissionais *típicas*, mas também aquelas resultantes das condições especiais ou excepcionais em que o trabalho fôr realizado, conhecidas como doenças profissionais *atípicas* ou doenças do trabalho. A relação das doenças profissionais típicas foi aprovada em 30 de maio de 1947 pelo MTPS (Portaria n.º 9 do Serviço Atuarial) e continua até hoje inalterada, embora a lei determine sua revisão trienal (parágrafo único do art. 2.º). A relação discrimina as doenças e o trabalho ao qual cada uma delas é considerada inerente ou peculiar e compreende: A) *Intoxicações* e suas conseqüências, pelos seguintes elementos ou seus compostos: chumbo, mercúrio, cromo, fósforo, arsênico, cloro, bromo, fluor, iôdo e também pelo sulfeto de carbono, benzeno e seus homólogos e derivados nitrosos ou aminados e, finalmente, derivados halógenos dos hidrocarbonetos da série graxa; B) *Infecções carbunculosas*; C) *Blastomas malignos da pele*; e D) *Pneumoconioses*, com ou sem tuberculose pulmonar. Esta relação tem importância especialmente do ponto de vista processual, porque, diagnosticada no caso concreto umas dessas doenças e comprovado o exercício,

pela vítima, do trabalho correspondente, indicado na mesma relação, estará dispensada a prova do nexó etiológico, que se presume existente. Como doenças profissionais atípicas podem ser reconhecidos os mais diversos estados patológicos, desde que comprovada relação entre o dano corporal e o trabalho realizado. Encontram-se na jurisprudência indenizações concedidas, por exemplo, no caso de afecções cardíacas (RF 164/285; aneurisma (RF 166/218); asma (RT 235/521); blastomicose (RF 239/318); bronquite asmática (RT 223/554); calcificação — moléstia de Deuplay (RT 310/576); câncer (RT 224/564; 268/476); eczema (RT 276/664); espôndilo-artrite anquilosante (RT 319/225); espôndilo-artrose (RT 309/661); hérnia (RT 291/795); doença mental (RT 292/633); moléstia de Chagas (RT 272/361; 239/328); neurose (RT 269/606; 303/570); paralisia facial em consequência de acidente vascular (RT 307/490); pleuris (RT 280/612); pneumonia (RT 271/441); reumatismo (RT 302/366); síncope cardíaca (RT 235/527).

3.º Na configuração do nexó etiológico, adotou a lei a teoria da “conditio sine qua non” ou, em outras palavras, a teoria da equivalência dos antecedentes, tornando irrelevante a distinção entre causa e concausa e afastando assim as numerosas divergências que surgem na aplicação de leis como a primeira lei infortunistica brasileira — a de n.º 3 724 — que obrigam a tal distinção porque exigem que a lesão decorrente do acidente seja causa *única* ou *exclusiva* da morte ou da incapacidade. “Considera-se caracterizado o acidente”, diz o art. 3.º da LAT, “ainda quando não seja êle a causa única e exclusiva da morte ou da perda ou redução da capacidade do empregado, bastando que entre o evento e a morte ou incapacidade haja uma relação de causa e efeito”.

Existindo, portanto, relação direta ou indireta entre o dano corporal e o trabalho, a responsabilidade do empregador pode decorrer de: a) caso fortuito; b) culpa, em tôdas as suas manifestações. ou seja, negligência, imprudência ou imperícia quer do empregado, quer do empregador ou seus

prepostos; c) dolo do empregador ou seus prepostos; d) dolo ou culpa de terceiros, inclusive companheiros de trabalho da vítima; e) atos de terceiros privados do uso da razão; f) quaisquer causas que porventura não possam ser identificadas.

Vemos, pois, que a distinção entre força maior e caso fortuito, geralmente irrelevante para o direito comum, é de grande importância em infortunística. O caso fortuito, conforme a doutrina, surge do próprio funcionamento da empresa; é inerente a qualquer trabalho. Convém lembrar os exemplos clássicos de SACHET⁹ da explosão de uma caldeira, da ruptura de um volante, quando as precauções mais minuciosas e as medidas mais inteligentes não teriam podido impedi-las. A força maior, ao contrário, provém de causa natural, estranha ao funcionamento da empresa. Compreende-se, por isso, que a lei coloque sob responsabilidade do empregador o acidente ocasionado pela ação de fenômenos naturais determinada ou agravada pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço, porque nestas hipóteses a causa natural sofreu, em suas conseqüências, a influência do trabalho, configurando-se, portanto, caso fortuito e não força maior. Assim tem entendido a jurisprudência que, por exemplo, não reconheceu ter sido conseqüência de força maior a morte, por um raio, de operário que trabalhava durante temporal com instrumento de ponta metálica (RT 131/557), decidindo em outro caso que “Só existe força maior quando o evento é devido a fenômenos naturais, com exclusão de qualquer outra causa” Tratava-se de morte de operários que trabalhavam numa construção e, durante temporal, se abrigaram num barracão que ruiu pela ação das águas. Verificou-se que escavações realizadas pelos próprios operários haviam criado grande desnível no terreno e facilitaram a infiltração da água no

9. ADRIEN SACHET, *Traité Théorique et Pratique de la Législation sur les Accidents du Travail et les Maladies Professionnelles*, 1934, vol. I. p. 5.

muro junto ao qual fôra construído o barracão, que ficou assim sem segurança por falta de arrimo (RT 234/417).

Discute-se a aplicação da lei de acidentes aos casos de dolo do empregador e de seus prepostos, entendendo alguns que devem regular-se apenas pelo direito comum, porque se trata de acontecimento provocado e desejado, outros afirmando que a vítima terá direito em tais hipóteses à indenização acidentária sem prejuízo do recurso às vias ordinárias, pois não se compreenderia que a lei restringisse a responsabilidade de um patrão criminoso, mesmo porque, tratando-se de lei transaccional, não se poderia admitir transação entre o assassino e a sua vítima. No Brasil apenas o decreto 24 637 impediu a adoção dêste último entendimento, porque assim dispunha: “A indenização estatuída pela presente lei exonera o empregador de pagar à vítima, pelo mesmo acidente, qualquer outra indenização do direito comum” (art. 12). A lei vigente faz entretanto ressalva expressa quanto à possibilidade do recurso ao direito comum, em caso de dolo do empregador ou de seus prepostos, após o pagamento da indenização tarifária (art. 31).

b) *Causas de irresponsabilidade.*

Nega a lei proteção:

1. aos acidentes resultantes de dolo do próprio acidentado, compreendido neste a desobediência a ordens expressas do empregador (art. 7.º, alínea “a”);

2. aos infortúnios provenientes de força maior, salvo a ação de fenômenos naturais determinados ou agravados pelas instalações do estabelecimento ou pela natureza do serviço (art. 7.º, alínea “b”);

3. aos acidentes *in itinere*, isto é, os ocorridos na ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, salvo se houver condução especial fornecida pelo empregador ou se a locomoção se fizer necessariamente por

vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral (art. 7.º, alínea “c”);

4. às doenças endêmicas adquiridas por empregados habitantes das regiões em que elas se desenvolvem, salvo quando tiverem resultado de exposição ou contacto direto exigido pela natureza do trabalho (art. 7.º, parágrafo único).

A jurisprudência tem exigido três requisitos para admitir a desobediência como eximente da responsabilidade patronal: a) caráter voluntário do ato ou da omissão; b) consciência do perigo; e c) o caráter não indispensável ao trabalho, ou melhor, ausência de causa justificativa. Dentro desta orientação, negou-se indenização a empregado viti-
mado em serviço, porque, desobedecendo ordem escrita do empregador, se utilizou de elevador destinado exclusivamente a transportes de material. Era costume na empresa punir os empregados que desobedeciam essa ordem (RT 205/506. No mesmo sentido RT 177/374).

A lei não conceitua o que se deva entender por força maior, mas a ressalva contida na parte final da alínea “b” do art. 7.º leva à conclusão de que o critério adotado em infortunistica se assemelha ao da CLT, que define como força maior “todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu direta ou indiretamente”, esclarecendo a seguir que “a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior” (art. 501 *caput* e § 1.º).

Quanto ao acidente “in itinere”, a jurisprudência sempre concedeu indenização quando o transporte do acidentado fôra proporcionado pelo empregador, direta ou indiretamente (RT 115/587, 130/565, 141/576, 132/557, 206/364, 208/489, 239/551). A locomoção feita por mero favor pode, em casos especiais, justificar a concessão de ressarcimento, como, por exemplo, quando a empresa, que assumiu a responsabilidade do transporte, deixa de cumprir sua obrigação, sem elevar proporcionalmente o salário, ou melhor, sem qualquer modificação do contrato de trabalho,

e consente, expressa ou tácitamente, que o operário lance mão, por necessidade, de condução oferecida por particular (RT 170/694). A expressão legal “vias de reais perigos” compreende não só as qualidades intrínsecas do caminho perigoso por si mesmo, como também as circunstâncias em que — por força do contrato de trabalho — o empregado é obrigado a realizar o percurso (RT 195/316).

Embora fornecido o transporte pelo empregador, nega-se o direito a indenização quando o acidente ocorre em consequência de desobediência por parte da vítima que, por exemplo, quis tomar o veículo em movimento, fora do local determinado, contrariando assim ordem expressa do empregador (RT 155/137).

A *culpa superveniente* do empregado pode acarretar a limitação da responsabilidade patronal. Assim, não responderá o empregador pelas agravações ou complicações da lesão inicial sofrida pela vítima quando decorrerem: a) de retardamento na prestação de assistência médica, farmacêutica e hospitalar, em consequência da falta de comunicação do acidente ao empregador, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade absoluta (art. 45); b) da recusa do acidentado em submeter-se ao necessário tratamento médico ou quando o fizer desidiosamente (art. 13).

O prazo de *prescrição* é de 2 (dois) anos contados: a) da data do acidente, quando dêle resultar morte ou incapacidade temporária; b) da data em que o empregador teve conhecimento do aparecimento dos primeiros sintomas da doença profissional, ou de qualquer outra originada do trabalho; c) do dia em que ficar comprovada a incapacidade permanente, nos demais casos (art. 66 da LAT). Verificam-se na jurisprudência controvérsias sôbre o início do prazo de prescrição, geralmente referentes a doença profissional. Há decisões, por exemplo, que assim afirmam: “Julga-se prescrita ação de indenização intentada por empregado, três anos depois da eclosão da tuberculose contraída em serviço”. (RT 250/268). “Transferir-se para a apuração judicial o

prazo de prescrição, quando o empregador, cientificado da doença, deixa de atender ao disposto no art. 46 da Lei n.º 7.036, de 1944, para assim iniciar aquela contagem depois de transcorridos os dois anos, é cancelar-se pura e simplesmente, o que está explicitamente escrito no art. 66, “b”, do citado diploma legal, é decidir contra lei expressa e contra os princípios de Direito aplicáveis”. (RT 308/378). De outra forma entende, entretanto, a jurisprudência dominante. “Começa a fluir o prazo de prescrição da ação de cobrança de indenização de acidente do trabalho da data em que realize exame pericial que torna positivo o resultado do acidente e inquestionável tratar-se de incapacidade permanente”. (RT 235/513. No mesmo sentido, RT 230/234, 242/524, 243/468, 245/597, 247/319, 274/861, 276/660, 282/659, 295/448; DJU de 27-7-61, pág. 1.447, de 7-8-61, pág. 1.559, 9-11-61, pág. 2.501, 20-11-61, pág. 2.590, 23-11-61, pág. 2.636, 3-5-62, pág. 860, 15-5-62, pág. 1.020). “Não é qualquer exame médico que indica o início do prazo prescricional da ação de indenização por acidente do trabalho. Esse prazo só se inicia quando o exame estabelece o nexos causal entre a moléstia e o trabalho” (RT 316/425). “Tuberculose pulmonar é moléstia que só o exame médico poderá dizer de sua existência. Esse exame, feito em Juízo, será o marco inicial para prescrição”. (RT 276/665. No mesmo sentido, RT 223/314, 238/530, 278/927, 290/506, 300/717, 310/292; DJU de 23-6-60, pág. 111). Não corre prazo de prescrição contra o menor de 18 anos, de acôrdo com o art. 440 da CLT e, sendo a indenização infortunistica de caráter alimentar e indivisível por ficção legal, quando existem beneficiários menores e maiores, também não correrá contra estes últimos o prazo de prescrição (RT 220/242, 263/319, 265/510). Como a lei, após o decurso de um ano, considera permanente a incapacidade temporária, a prescrição nesta hipótese se consuma dois anos depois do término do prazo da incapacidade temporária (RT 262/370).

III. Obrigações do empregador impostas pelo direito comum e pelo direito do trabalho, relacionados com os infortúnios do trabalho.

2. *Direito comum.*

O direito brasileiro, ao contrário do que acontece, por exêmplo, nos Estados Unidos da América do Norte (Alabama, Colorado, Flórida e outros Estados)¹⁰, não admite em infortunistica a escolha entre a lei especial e as normas de direito comum. Estas últimas se aplicam quando o caso concreto, além de conter os elementos caracterizadores do acidente do trabalho, configuram ilícito civil.

Além do pagamento dos honorários de advogado (art. 64 do Código de Processo Civil), a reparação do dano, de acôrdo com o direito comum compreende:

a) na hipótese de homicídio: — pagamento das despesas de tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como a prestação de alimentos às pessoas a quem o defundo os devia (art. 1.537, ns. I e II do Código Civil);

b) no caso de lesões corporais: — pagamento das despesas com o tratamento e dos lucros cessantes até a convalescença, isto é, de tudo aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar com a sua inatividade. A soma da indenização será duplicada se do ferimento resultar aleijão ou deformidade, tendo a vítima direito a dote proporcional às posses do ofensor, às circunstâncias do ofendido e à gravidade do defeito, se fôr mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1.538, §§ 1.º e 2.º do Código Civil). Quando da ofensa resultar defeito pelo qual a vítima não possa exercer seu ofício ou profissão, ou que lhe diminua o

10. ARTHUR LARSON, *The Law of Workmen's Compensation*. 1952, com suplemento de 1959. New York, Matthew Bender & Co., Vol. 2, p. 522.

valor do trabalho, a indenização incluirá, além das despesas de tratamento e os lucros cessantes, uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação sofrida (art. 1.539 do Código Civil).

Convertem-se os lucros cessantes em prestação de renda ou pensão, mediante capital, inalienável durante a vida da vítima, o qual, aos juros legais, deve assegurar as prestações devidas. O cálculo dos alimentos a serem prestados às pessoas a quem a vítima os devia faz-se levando em conta a duração provável da vida do ofendido (art. 911 e 912 do Código de Processo Civil).

Trata-se aqui, portanto, de indenização muito mais onerosa do que a fixada na lei de acidentes, especialmente porque não se fixa qualquer limite para a remuneração da vítima e o cálculo tem por base a vida provável do ofendido, ao passo que em infortunística, como se verá a seguir, a remuneração da vítima a ser computada não poderá ser superior a uma vez e meia o mais alto salário mínimo vigente e as indenizações se baseiam, no máximo, em importância igual a quatro anos de diária do acidentado.

Determinado o pagamento, por terceiros civilmente responsáveis pelo acidente, da indenização de direito comum, a mesma decisão condenatória adjudicará ao empregador a importância por este paga com fundamento na LAT, computando-se igualmente a seu crédito tudo quanto houver dependido em consequência do acidente. Por esse motivo, a ação contra os terceiros responsáveis poderá ser proposta não só pelo acidentado ou por seus beneficiários, mas também pelo próprio empregador, ou por ambos, conjuntamente (art. 32 §§ 1.º e 2.º da LAT).

2. *Direito do Trabalho.*

a) *Obrigações preventivas.*

Já se reconhece no Brasil, como nos outros países e na esfera internacional, que o verdadeiro objetivo da infortunística deve ser menos a garantia de indenizações às vítimas

de acidentes do que a manutenção do empregado o maior tempo possível como membro integrante da população ativa da comunidade. Procura-se atingir êsse objetivo, de um lado, através da prevenção dos infortúnios do trabalho e, de outro, pelos esforços desenvolvidos no campo da reabilitação dos acidentados. Tanto isto é verdade que a Constituição Federal de 1946 inclui preceitos de caráter nitidamente preventivo entre aquêles a serem observados pela legislação do trabalho e da previdência social. Refere-se a Carta Magna brasileira a: higiene e segurança do trabalho; assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador; seguro obrigatório contra os acidentes do trabalho, pago pelo empregador; férias anuais e repouso semanal remunerados; limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias; proibição do trabalho insalubre aos menores de 18 anos e do trabalho noturno às mulheres e aos menores de 18 anos (art. 157, n.ºs VIII, XIV, VII, VI, V e IX, respectivamente).

O capítulo XII do decreto-lei 7.036 atribui a todo empregador o dever de proporcionar a seus empregados a máxima segurança e higiene do trabalho, zelando pelo cumprimento dos dispositivos legais a respeito, protegendo-os, especialmente, contra as imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão (art. 77). Esclarece que se consideram integrantes da LAT as disposições referentes a higiene e segurança do trabalho contidas na CLT, bem como outras normas que forem, no mesmo sentido, baixadas pelos órgãos competentes do MTPS, sujeitando os empregadores às penalidades previstas na CLT, independentemente da indenização a ser paga aos acidentados (art. 78).

As normas que visam à prevenção dos infortúnios não se encontram apenas em atos emanados de Poder Público (Constituição, leis, decretos e portarias), mas também em instruções expedidas pelos próprios empregadores, aos quais a lei impõe a obrigação de expedir “ordens de serviço” com tal propósito. Essas ordens devem ser cumpridas rigorosamente pelos empregados, porque a desobediência constitui

insubordinação capaz de justificar até a rescisão do contrato de trabalho sem qualquer ônus para o empregador (art. 79 da LAT e art. 482, alínea “h” da CLT). Em contrapartida, o empregador não poderá justificar a inobservância dos preceitos de prevenção de acidentes e higiene do trabalho, com a recusa do empregado em sujeitar-se a tais preceitos (art. 79 § 2.º da LAT).

Num esquema muito geral, podemos dizer que as normas preventivas visam a garantir: a) limitação do tempo de exposição ao risco oferecido pelo trabalho; b) higienização do ambiente de trabalho; c) segurança do trabalho; d) certos cuidados indispensáveis com a pessoa do trabalhador. Nesta ordem de idéias CESARINO JR. fez estudo minucioso do assunto em obra intitulada “Higiene e Segurança do Trabalho no Brasil”, editada pelo Centro e Federação das Indústrias do Estado de S. Paulo em 1959.

Com o fim de limitar o tempo de exposição à agressividade do trabalho, a lei: 1. *fixa a jornada máxima* de trabalho (8 horas diárias ou período menor para certas profissões, como, por exemplo, para os médicos, cirurgiões dentistas, jornalistas, locutores e redatores de radiodifusão, professôres, operadores cinematográficos, empregados em serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, trabalhadores em minas de subsolo e outros); 2. *procura restringir a prorrogação da jornada normal*, seja indiretamente, exigindo pagamento de remuneração pelo menos 20% superior à normal para as horas extraordinárias, ou sujeitando a licença prévia da autoridade competente do MTPS a prorrogação do período de trabalho nas atividades consideradas insalubres, seja diretamente, proibindo o trabalho além do horário normal (A lei n.º 3.270, de 30-9-1957, fixa em 6 horas diárias a duração do trabalho dos cabineiros de elevador e, ao mesmo tempo, declara vedado qualquer acôrdo visando à prorrogação dêsse horário); 3. *exige a interrupção do trabalho* para assegurar períodos de descanso, como o de onze horas consecutivas entre duas jornadas de trabalho; o repouso semanal remunerado de vinte e quatro

horas consecutivas; o intervalo de, pelo menos, uma hora para repouso ou alimentação em qualquer trabalho contínuo por mais de seis horas; quando a duração não exceder esse limite mas as atividades se prolongarem por mais de quatro horas, o intervalo obrigatório será de quinze minutos; interrupção de vinte minutos após uma hora e quarenta minutos de trabalho dos empregados em frigoríficos; interrupção de dez minutos após cada noventa minutos de trabalho de mecanografia; interrupção para refeição, repouso e recuperação do trabalho sob ar comprimido, por período variável de acôrdo com a pressão suportada (art. 66, 67, 71, 253, 72, 219 da CLT e Portaria n.º 73, de 2-5-1959 do MTPS, respectivamente).

A Consolidação das Leis do Trabalho contem capítulo especial sôbre higiene e segurança do trabalho (artigos 154 a 223), onde se determinam medidas destinadas a assegurar ao trabalhador não só condições saudáveis e protegidas para desenvolver suas atividades (iluminação, insolamento, ventilação, limpeza, proteção contra o perigo de incêndio, contra os perigos da eletricidade, especialmente quando se trata de alta tensão, contra poeiras, contra radiações etc.), mas também equipamentos individuais de proteção (óculos, luvas, máscaras, aventais, capuzes, agasalhos apropriados etc.) e instalações adequadas para que possa praticar sua higiene pessoal (lavatórios, instalações sanitárias, refeitórios etc.).

Qualquer estabelecimento industrial só poderá iniciar suas atividades depois de previamente inspecionadas e aprovadas as respectivas instalações pela autoridade competente do MTPS em matéria higiene e segurança do trabalho, ficando o empregador obrigado à observância dos códigos de obras e regulamentos sanitários dos Estados e dos municípios, onde se localizem as emprêsas, quanto às disposições que visem atender a circunstâncias regionais (art. 155 e parágrafo da CLT).

Pune-se com multa de cinqüenta a cinco mil cruzeiros as transgressões às normas de higiene e segurança do

trabalho, fixada no máximo a multa quando se apurar o emprêgo de artifício ou simulação para a prática da infração e na hipótese de reincidência (art. 223 da CLT).

A lei de acidentes determina a aplicação das penalidades acima nos casos de emprêgo de máquinas ou instrumentos em mau estado de conservação ou não devidamente protegidos contra o perigo e execução de obras ou serviços com pessoal e material deficientes (art. 81 do decreto-lei 7.036).

É dever legal dos empregadores “promover e fornecer tôdas as facilidades para a advertência e propaganda contra o perigo de acidentes e para a educação sanitária dos respectivos trabalhadores, colaborando na medida do possível com as autoridades no sentido de facilitar nesse campo a sua tarefa”. (art. 221 da CLT).

Sempre que o número de empregados seja superior a 100, devem os empregadores organizar em seus estabelecimentos comissões internas para o fim de estimular o interêsse pelas questões de prevenção de acidentes, apresentar sugestões quanto à orientação e fiscalização das medidas de proteção ao trabalho, realizar palestras instrutivas, propor a instituição de concursos e prêmios e tomar outras providências, tendentes à educação do empregado na prática de prevenir acidentes (art. 82 da LAT). Estas comissões, conhecidas pela sigla CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), de acôrdo com a organização determinada pela Portaria n.º 155, de 27-11-1953, do MTPS, é constituída de representantes do empregador e dos empregados, em número igual, com mandato de um ano, dela devendo participar obrigatoriamente um médico e um engenheiro da emprêsa, quando houver, e o gerente. O empregador deverá:

- a) dar seu integral apóio à CIPA e conceder aos seus membros tôdas as facilidades para desempenho de suas funções;
- b) consultar a CIPA sôbre tôdas as questões relativas à segurança e higiene da fábrica;
- c) tomar as medidas ao seu alcance, para dar prosseguimento às recomendações ou sugestões da CIPA, informando-a, em caso contrário, das razões que teve

para assim proceder. Qualquer trabalhador poderá dirigir-se à CIPA a fim de: a) preveni-la da execução de serviços perigosos em sua seção; b) sugerir medidas de proteção individual ou coletiva; c) salientar a transgressão de ordens, regras, regulamentos e leis, que sirvam à defesa do próprio trabalhador. As reuniões da CIPA são mensais, lavrando-se ata de que deve constar registro estatístico dos acidentes verificados no mês. Ao órgão competente do MTPS deve encaminhar-se cópia de tôdas as atas das reuniões das CIPAS.

Medida de relevante importância para a prevenção dos infortúnios é, sem dúvida, o exame médico obrigatório para admissão dos empregados e que, nas atividades insalubres ou perigosas, será renovado periodicamente (art. 189 da CLT). No Brasil não há, salvo exceções, obrigatoriedade da carteira de saúde, sendo em geral os exames realizados pelos próprios médicos das empresas. O quadro das atividades insalubres aprovado pela Portaria n.º 262, de 6-8-1962, do MTPS compreende atividades e operações com arsênico, chumbo, cromo, fósforo, hidrocarbonatos, mercúrio, rádio, raio x e substância radioativas, sílica, sulfeto de carbono, berílio, ácido cianídrico, cádmio, manganês, timbó, sais de amônio, ácidos sulfúrico, clorídrico e nítrico, alcatrão, breu, betume, óleos, minerais, parafina ou outras substâncias cancerígenas, operações que ofereçam perigo de infecção carbunculosa, brucelose, mormo e tétano; operações em que se dêem exalações de gás sulfídrico, de monóxido de carbono; fabricação de gases tóxicos; pulverização de ipeca; operações de solda de metais, quando verificado grande desprendimento de fumos metálicos; operações em ambiente com excesso de ruído capaz de ser nocivo à saúde, superior a 80 decibéis; operações em ambiente com frio (câmaras frigoríficas com temperatura inferior a 12° c e não houver proteção adequada; operações que dependam de movimento muito repetido e coordenado (telegrafistas e radiotelegrafistas); operações com perfuratrizes ou martelotes pneumáticos; operações em que se dêem exalações de cloro, bromo, fluor e derivados tóxicos; operações realizadas em

atmosferas de pressão capaz de ser nociva à saúde como trabalho de escafandria e nos caixões pneumáticos; operações em que haja desprendimento de poeiras de asbestos; trabalhos nos locais de temperatura excessiva, capaz de ser nociva à saúde, proveniente de fontes artificiais; trabalho em ambiente com umidade capaz de ser nociva à saúde, sem equipamento de proteção; trabalho na extração de sal; serviços de assistência médico hospitalar em que haja contacto com doentes ou materiais infecto-contagiantes; fabricação e transportes de cal e cimento nas fases de grande exposição às poeiras; idem de álcalis cáusticos e substâncias análogas. O quadro distribui estas atividades e operações em três graus de insalubridade: máxima, média e mínima.

O empregador, a partir do momento do acidente ou desde o conhecimento dos primeiros sintomas de doença profissional ou de doença do trabalho, deve prestar ao acidentado a devida assistência médica (que inclui assistência dentária), farmacêutica e hospitalar (art. 12 da LAT).

Nas hipóteses de incapacidade permanente, fornecerá o empregador os aparelhos de prótese, cujo uso possa aumentar a capacidade do acidentado (art. 28 da LAT).

Os respectivos responsáveis deverão providenciar para que exista em todos os locais de trabalho o material médico necessário aos primeiros socorros de urgência em caso de acidente (art. 220 da CLT).

Haverá obrigatoriamente serviço de assistência médica, dotado de pessoal e material indispensáveis à prestação de socorro médico de urgência nos estabelecimentos industriais ou na execução de qualquer obra ou serviço em que se utilizem mais de 500 empregados, que devam trabalhar em regiões de difícil acesso a tal socorro de urgência (art. 14 da LAT).

“A readaptação profissional, que é devida a todo incapacitado do trabalho, tem por objeto restituir-lhe, no todo ou em parte, a capacidade na primitiva profissão ou em outra compatível com as suas novas condições físicas” (art. 90 da LAT). O processo de reabilitação constitui atualmente

apenas expectativa de direito do acidentado, porque a lei determinou que o regulamento disporia sôbre os serviços de reabilitação e as escolas especiais necessárias à sua execução. Esse regulamento, entretanto, até hoje não existe. Há nas instituições de previdência social a obrigação da prestação de assistência reeducativa e de readaptação profissional aos beneficiários em geral, sem qualquer privilégio para as vítimas de infortúnio do trabalho. Essa assistência é prestada de acôrdo com as possibilidades administrativas, técnicas e financeiras do sistema de previdência social em geral e de cada instituição em particular (art. 22, n.º III, alínea “e”, da LOPS e art. 37, n.º II, do RGPS) e constitui serviço custeado pela previdência social e não prestação garantida pelo seguro contra os acidentes do trabalho.

c) *Indenização.*

Além das prestações assistenciais mencionadas, deve o empregador, em caso de infortúnio do trabalho, pagar indenizações pecuniárias que variam de acôrdo com as conseqüências do acidente que são: *morte* ou *incapacidade*, distinguida esta última em incapacidade *permanente, total* ou *parcial* e incapacidade *temporária*.

Salário base. Calcula-se o valor da indenização com base na remuneração percebida pelo acidentado, integrada não só pelo salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, mas também pelas gorjetas, comissões, porcentagens e gratificações ajustadas expressa ou tácitamente, reconhecidas estas últimas, segundo a jurisprudência, quando se verifica, no caso concreto, pagamento habitual de gratificação consistente em quantia certa. As diárias para viagem, cujo valor exceda em 50% o salário percebido pelo empregado integram a remuneração. Excetuados os empregados domésticos, as prestações *in natura* (alimentação, habitação, vestuário e outras), fornecidas por fôrça do contrato de trabalho, também integram a remuneração, depois de convertidas em dinheiro,

de acôrdo com porcentagens indicadas nas tabelas que fixam o salário mínimo. Na falta de estipulação de salário ou de prova da importância ajustada, o salário será igual ao pago na emprêsa para outro empregado que realize serviço equivalente ou semelhante. O salário-base será igual à média das importâncias percebidas nos 3 (três) meses anteriores ao do acidente, quando se tratar de remuneração variável. Para cálculo de indenização por incapacidade permanente ou morte, o salário-base do menor aprendiz, que geralmente percebe a metade do salário mínimo de adulto, será igual ao salário mínimo de adulto do local onde se verificar o acidente. Fixa a lei como *limite superior para o salário-base* a importância igual a uma vez e meia o salário mínimo de maior valor vigente no país (Capítulo VI — Da remuneração e do salário — arts. 33 e 34 da LAT).

Muito se discute na jurisprudência e na doutrina a questão da aplicabilidade de lei nova a acidentes verificados na vigência de lei anterior e ainda não liquidados. Por largo tempo se entendeu quase pacificamente que, tratando-se de indenização tarifária, de caráter transaccional e que, pela própria natureza, deveria estar determinada antes da verificação do infortúnio, a lei aplicável em cada caso era a do tempo em que ocorreu o acidente ou se manifestaram os sintomas de doença direta ou indiretamente profissional (RT 213/501, 228/259, 263/595, 271/657, 273/598, 273/619, 273/622, 275/684, 275/709, 277/707, 277/722, 278/735, 282/493, 290/198, 290/498, 297/349, 297/373, 298/641, 304/433, 310/739, 314/296, 316/269, 317/506, 317/617, 319/196, por exemplo).

A discussão últimamente vem recrudescendo principalmente porque, para atender à instabilidade da moeda e à elevação do custo de vida, os reajustamentos do salário mínimo têm se efetivado no Brasil praticamente uma vez por ano. Ora, como numerosas vêzes o salário mínimo influi no cálculo da indenização, seja porque o acidentado percebe o salário legal, seja porque sua remuneração exceda aquêle limite máximo fixado para o salário-base, limite que, como referido, se baseia no salário mínimo, é comum verificar-se

o acidente na vigência de salário mínimo inferior àquele que está em vigor no momento da prolação da sentença pela autoridade judiciária. No Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, por exemplo, começa a ganhar terreno o entendimento de que a indenização deve dar-se tendo em vista a avaliação do dano na época da sentença e não na data do acidente (Recurso de Revista n.º 102.254), afirmando aquela Côrte, em julgamento realizado em 30-8-1961, que “Para o cálculo da indenização acidentária, devem as prestações ser fixadas segundo o salário mínimo da época; de outro modo, seria ilusória e incompleta, em face da crescente desvalorização da moeda (Recurso de Revista n.º 104.709). Nas hipóteses de doença profissional ou de doença do trabalho se tem reconhecido que a lei aplicável é a vigente na época da comprovação da existência do acidente, o que se verifica através da perícia médica realizada em Juízo, porque se entende que a obrigação de indenizar nesses casos surge após a perícia (RT 289/699, 294/287, 296/672, 299/361, 311/426, 312/259). Em julgamento realizado em 9 de abril de 1962 (Embargos n.º 48.675 — S. Paulo), decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, que, em se tratando de “moléstia de evolução lenta que somente se apurou com a perícia realizada já na vigência da lei nova, mais favorável ao acidentado, esta é que comandará a composição do dano” (*in* DJU de 3-5-1962).. Reconheceu também a Suprema Côrte (RE 49.038 — Santa Catarina) em julgamento realizado pela Segunda Turma em 10 de abril de 1962 que “Na fixação do ressarcimento devido por acidente do trabalho devem ser atendidas as variações do salário-mínimo” (*in* DJU 26-4-1962, pág. 795).

Unidade de cálculo da indenização. Calculam-se as indenizações sempre com base na *diária* do acidentado, que corresponde, em qualquer caso, à trigésima parte de sua remuneração mensal, que nunca poderá ser superior, como esclarecido, a uma vez e meia o mais alto salário mínimo vigente no país (art. 19, parágrafo único e art. 44 da LAT).

Indenização por morte do acidentado. Faz-se o pagamento, nesta hipótese, aos *beneficiários* da vítima, para os quais a lei estabelece rígida ordem de prioridade. Em primeiro lugar estão a esposa, mesmo desquitada ou separada, desde que não o seja por culpa sua, ou o esposo inválido, em concorrência com os filhos de qualquer condição, se menores de 18 anos ou inválidos e as filhas solteiras de qualquer condição ou idade. Em segundo lugar vêm a mãe e o pai inválido da vítima. Finalmente, em terceiro lugar, quando não existir cônjuge ou filhos com direito à indenização, poderá ser beneficiária qualquer pessoa expressamente designada pelo acidentado, desde que, se do sexo masculino, tenha menos de 18 anos de idade ou seja inválido. Para serem reconhecidos como beneficiários, os progenitores da vítima, as suas filhas maiores, bem como a pessoa designada dependem da prova de que viviam sob dependência econômica do empregado (art. 11 e parágrafo da LAT). Se não existir a esposa, ou se, existindo, tiver perdido o direito à indenização por se encontrar separada ou desquitada por culpa sua, os direitos que lhe caberiam são conferidos pela lei à companheira mantida pela vítima, desde que por esta declarada expressamente como beneficiária. Em qualquer caso, quando se tratar de beneficiário *designado* (seja a companheira ou não), a designação deve ter sido feita, em vida do acidentado, na carteira profissional, no livro de registro de empregados ou por qualquer ato solene de vontade (art. 11, alínea “c”, e art. 21, parágrafo único, da LAT). A importância da indenização por morte varia, de acordo com os beneficiários existentes, entre 4 (quatro), 3 (três) ou 2 (dois) anos de diária da vítima (art. 21 da LAT). Além da indenização, o empregador pagará imediatamente aos herdeiros ou beneficiários, a título de *auxílio funeral*, quantia igual à metade do mais alto salário mínimo vigente no país. Na ausência de herdeiros ou beneficiários, o executor do funeral será reembolsado das despesas que efetuar com o enterramento, podendo receber, no máximo,

o que receberiam os beneficiários (art. 25 e parágrafo da LAT).

Indenização por incapacidade total e permanente. Define a lei como incapacidade total e permanente a invalidez incurável para o trabalho, referindo-se a seguir a: a) perda anatômica ou impotência funcional em suas partes essenciais, de mais de um membro, conceituando-se como partes essenciais a mão e o pé; b) cegueira total; c) perda da visão de um olho e redução simultânea de mais da metade da visão do outro; d) lesões orgânicas ou perturbações funcionais graves e permanente de qualquer órgão vital, ou quaisquer estados patológicos reputados incuráveis, que determinem idêntica incapacidade para o trabalho. A importância correspondente à indenização por incapacidade total e permanente é igual a 4 (quatro) anos de diária do acidentado. O empregador deverá pagar ainda, de uma só vez, à vítima um acréscimo de 20% calculados sobre a importância da indenização por incapacidade total e permanente, nas hipóteses de cegueira total, perda ou paralisia dos membros superiores ou inferiores e alienação mental (art. 17 e §§ 1.º, 2.º e 3.º da LAT).

Indenização por incapacidade parcial e permanente. Entende a lei por incapacidade parcial e permanente a redução, por toda vida, da capacidade de trabalho. A importância da indenização varia, na proporção do grau de incapacidade, entre 3 (três) e 80 (oitenta) centésimos da quantia correspondente a 4 (quatro) anos de diária do acidentado. Calcula-se o grau de incapacidade por meio de tabelas organizadas pelo Serviço Atuarial do MTPS e aprovadas pela Portaria n.º 4, de 11-6-59, onde se levou em consideração a natureza e gravidade da lesão sofrida pelo acidentado, sua idade e profissão (art. 18 e §§ 1.º, 2.º e 3.º da LAT).

Indenização por incapacidade temporária. Considera a lei incapacidade temporária a perda total da capacidade

de trabalho por período limitado de tempo, nunca superior a 1 (um) ano. É o período de tratamento, durante o qual o empregador fica obrigado às prestações assistenciais já referidas e ao pagamento de uma indenização correspondente a uma diária para cada dia de afastamento do serviço. Se a incapacidade fôr de duração inferior a 4 (quatro) dias, as diárias serão devidas a partir do segundo dia que se seguir àquele em que se verificar o acidente. O empregador pagará ao acidentado salário integral no dia do acidente, qualquer que seja a hora em que êste se tenha verificado. As importâncias pagas a título de indenização por incapacidade temporária não poderão ser descontadas de outras indenizações devidas em consequência de incapacidade permanente ou morte (art. 19 e parágrafo, art. 27 e 26 da LAT). Continuando por mais de um ano incapaz para o trabalho, o acidentado terá sua incapacidade temporária automaticamente considerada permanente e como tal indenizada, cessando para o empregador a obrigação do pagamento das diárias, bem como da prestação da assistência médica, farmacêutica e hospitalar (art. 20 da LAT).

Responsabilidade solidária de empregadores. Quando se tratar de doença profissional, responderão pelas obrigações resultantes do acidente todos os empregadores sob cuja dependência tiver trabalhado a vítima na mesma profissão, dentro dos 2 (dois) últimos anos, proporcionalmente ao tempo de serviço prestado a cada um, exceto quando a doença resultar diretamente da inobservância, por parte de um dos empregadores, das disposições legais relativas à prevenção de acidentes e à higiene do trabalho, porque êste último arcará então com todos os ônus. O acidentado poderá, entretanto, exigir de seu último empregador a totalidade das indenizações, cabendo àquele direito regressivo contra os anteriores (art. 48 da LAT).

Cura clinica. A jurisprudência vem reduzindo pela metade o valor da indenização nos casos de cura clínica, verificados principalmente em hipóteses de tuberculose

reconhecida como acidente do trabalho (RT 230/228, 238/524, 291/443, 292/612, 298/366, 299/373, 299/375, 303/568).

Honorários de advogado. Embora o patrocínio da causa do acidentado ou de seus beneficiários caiba ao Ministério Público por um de seus representantes (art. 57 da LAT), o empregado ou seus beneficiários poderão ingressar em Juízo diretamente ou por intermédio de advogado legalmente habilitado, ao qual caberá usar dos recursos legais (art. 68 da LAT). Nada dispôs o decreto-lei 7.036 quanto ao pagamento dos honorários do advogado constituído e, por isso, durante muito tempo a Justiça se negou a declarar a responsabilidade do empregador por essa despesa, entendendo que a constituição de advogado, sendo apenas uma faculdade concedida pela lei, acarretaria para o empregado os ônus correspondentes ao pagamento dêsse profissional, porque se tratava de situação semelhante à prevista no § 5.º do art. 12 da LAT, que autoriza o acompanhamento do tratamento da vítima por médico *de escolha desta e a suas expensas* (RT 247/548). “A concessão de honorários de advogado nas ações em que o empregado, abrindo mão da assistência dada pelo Estado, prefere a contratação de patrono remunerado, viria quebrar os têrmos da transação informadora da lei, viria alterar a situação de equilíbrio, impondo um ônus que não teve ela em vista. Optando livremente pelo patrono remunerado, deve o empregado arcar com o respectivo pagamento” (RT 232/285). Outros julgados, porém, afirmam que, havendo a faculdade de recorrer aos serviços de um advogado, está o beneficiário da justiça gratuita, em caso de vitória na ação, na situação prevista pelo art. 11 da lei n.º 1060, de 5-2-1950, devendo o vencido pagar honorários advocatícios a serem fixados até quinze por cento sôbre o valor da condenação (RT 243/245). Entende-se também que a indenização não estaria completa se tivesse de ser desfalcada com a verba destinada a honorários de advogado ao utilizar o acidentado de faculdade concedida pela própria lei de acidentes (RT 230/228).

Ressaltam outros o conteúdo assistencial da lei de acidentes, que constitui benefício para o hipossuficiente e que, por isso, lhe assegura tóda facilidade e gratuidade no litígio, isentando-o até do pagamento de quaisquer custas (art. 67 da LAT). Deve acompanhar, por isso, a regra geral expressa no art. 11 da citada lei n.º 1.060, segundo a qual os honorários de advogado serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário da assistência fôr vencedor na causa (RT 248/330). Atualmente, êste entendimento vem sendo adotado pacificamente em numerosos acórdãos. “Na indenização, incluem-se honorários de advogado, de acôrdo com a mansa, pacífica, firme e reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal (DJU de 20-7-61, pág. 1378). “Os honorários de advogado incluem-se na condenação, de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mansa, tranqüila, pacífica, contínua, reiterada, torrencial” (DJU de 2-9-1961, pág. 1845). Com efeito, no mesmo sentido decidiu unânimemente a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos RE n.ºs 43.521, 48.385, 47.816, 48.534, em julgamentos realizados respectivamente em 13-7-1961, 24-8-1961, 31-8-1961 (DJU de 9-11-61, pág. 2502 e 2506 e de 20-11-1961, pág. 2592) e a Segunda Turma nos RE n.ºs 42.579, 41.828, 36.288, 33.824, 47.325, 26.413, 49.352, em julgamentos unânimes realizados respectivamente em 3-10-1961, 10-10-1961, 31-10-1961, 31-10-1961, 9-1-1962, 17-4-1962, e 24-4-1962 (DJU de 9, 20, 23 de novembro de 1961, 12-4-1962 e 27-5-1962) e o Tribunal Pleno da Suprema Côrte brasileira, também unânimemente, em julgamentos de Embargos, realizados em 9-12-1960 e 20-10-1961 (DJU de 6-10-61, pág. 2179 e 23-11-1961, pág. 2636).

Multa. A liquidação das obrigações de acidente do trabalho, salvo no caso de haver processo judicial, deverá ser feita por acôrdo particular, entre empregado ou seus beneficiários e o empregador, dentro dos 60 (sessenta) dias que se seguirem à morte do acidentado, à sua cura ou à verificação de uma incapacidade permanente (art. 52 da

LAT). Excedido esse prazo por ação ou omissão do empregador, as indenizações serão pagas com acréscimo de 25%, sem prejuízo dos juros de mora (art. 102 da LAT). Em julgamento realizado em 14-12-61, decidiu unânimemente a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não ter cabimento a multa, quando haja dúvida quanto à responsabilidade do empregador, a ser apurada em processo judicial (DJU de 4-1-1962, pág. 274. No mesmo sentido, RT 251/611, 252/531, 261/375, 280/417, 282/663). Outros julgados entendem aplicável a multa só quando haja culpa ou dolo do empregador (DJU 11-8-1961, pág. 1605, RT 271/648, 271/660, 300/299), havendo decisão que esclarece seu cabimento não só nos casos de não comunicação de acidente-tipo, mas também no de moléstias decorrentes das condições do trabalho, quando o empregador, não lhes ignorando a agressividade, se mostre indiferente às suas conseqüências e tolere que o operário continui a trabalhar até que não possa suportá-las e, então, já enfermo, se disponha a ingressar em Juízo reclamando indenização. (Julgamento de 18-4-1962 do Tribunal de Justiça de S. Paulo *in* RT 319/195).

Entrosamento com a previdência social. Existe ainda no Brasil o seguro de acidente do trabalho com características de seguro privado, porque continua a ser explorado com intuito de lucro pelas companhias particulares que se achavam devidamente autorizadas em 1944, quando da promulgação do decreto-lei 7.036. Por esse motivo a lei vigente, ao mesmo tempo em que manteve as *indenizações de capital*, a serem pagas pelo empregador através do seguro, procurou transformá-las em *indenizações de renda mensal*, por meio de entrosamento com as instituições de previdência social. Assim, sempre que as indenizações por incapacidade permanente ou por morte forem de importância superior a Cr\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil cruzeiros), o acidentado ou seus beneficiários receberão apenas essa importância, sendo o excedente recolhido ao Instituto de Aposentadoria e Pensões respectivo, que o devolverá aos

poucos, acrescido de juros de 6% (seis por cento) ao ano, sob a forma de acréscimos aos benefícios a serem pagos por esse órgão (art. 22 e 24 da LAT). O limite de indenização a ser recebida por ocasião da liquidação do acidente eleva-se a quantia igual à metade da indenização devida, quando se tratar de vítima que não tenha completado o *período de carência* indispensável para concessão do benefício cabível, previsto na LOPS. A outra metade é recolhida ao Instituto competente, com o fim de, descontada a importância necessária para preenchimento do período de carência, ser depois igualmente devolvida, acrescida de juros de 6% (seis por cento) ao ano, sob a forma de acréscimo ao benefício da previdência social devido (art. 64, § 4.º, n.º II, da LOPS). Se o Instituto não conceder benefício, ou porque a importância recolhida não seja suficiente para o pagamento das contribuições necessárias ao preenchimento do período de carência, ou porque não considere o acidentado incapaz para o trabalho, por exemplo, o excesso de indenização revertido será devolvido, de uma só vez, ao acidentado, ou aos seus beneficiários, quando fôr o caso (art. 22 §§ 3.º e 5.º da LAT). O mesmo acontecerá se houver cancelamento do benefício em consequência da cessação da incapacidade, caso em que serão descontados os acréscimos que na ocasião do cancelamento do benefício já tiverem sido pagos (art. 22 § 4.º da LAT).

Outra forma de entrosamento com a previdência social consiste no chamado *regime de manutenção de salário*. A este regime estão sujeitos apenas os empregados filiados ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos e ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transporte e Cargas, que já possuem garantido por lei o monopólio dos seguros de acidentes do trabalho. Tais empregados, quando vítimas de acidente de que decorra sua morte ou incapacidade permanente, têm direito a tôdas as prestações assistenciais e também à indenização por incapacidade temporária, isto é, às diárias correspondentes ao

período de tratamento. As disposições da LAT relativas às indenizações por incapacidade permanente ou morte, entretanto, não se aplicam a êles, sendo substituídas pela manutenção do salário, direito assegurado aos acidentados e a seus beneficiários (art. 76, alínea “b”, da LAT).

O regime de manutenção do salário garante ao empregado um benefício complementar que, somado à importância do benefício da previdência social cabível no caso concreto, assegure a percepção pelo acidentado, ou, na hipótese de morte, pelos seus beneficiários, de um benefício igual ao *salário de contribuição* auferido pela vítima na ocasião do acidente (art. 186 do RGPS). O salário de contribuição dos empregados é a remuneração efetivamente percebida por êles durante o mês até o limite de 5 (cinco) vezes o mais alto salário mínimo vigente no país (art. 69 e 76 da LOPS). Quando não couber a concessão de benefício da previdência social ao acidentado, ou quando o valor do benefício devido fôr igual ao salário de contribuição da vítima, receberá ela, de uma só vez, uma importância em dinheiro calculada de acôrdo com a LAT (art. 186 § 3.º do RGPS). Nos casos de cegueira total, perda ou paralisia dos membros superiores ou inferiores ou de alienação mental, além da manutenção do salário, receberá a vítima quantia igual a 20% (vinte por cento) de importância calculada de acôrdo com as normas da LAT, que regulam as indenizações por incapacidade total e permanente, atrás citadas (art. 189 do RGPS).

IV. Obrigações do empregador perante as instituições de segurança social que tomam a seu cargo as conseqüências dos dos infortúnios do trabalho.

Nesta parte, parece necessário ressaltar preliminarmente que, no Brasil, não ficam *exclusivamente* sob responsabilidade do empregador tôdas as conseqüências dos infortúnios do trabalho, uma vez que, conforme exposto, as indenizações

por morte ou incapacidade não se realizam por meio de garantia de *renda mensal*, mas pelo pagamento de *determinado capital*, só em parte e indiretamente transformado em renda mensal, sob a forma de acréscimos aos benefícios da previdência social. Em outras palavras, isto quer dizer que, por exemplo, a aposentadoria por invalidez da vítima de acidente do trabalho ou a pensão de seus beneficiários em caso de morte são pagas com recursos da previdência social e o valor desses benefícios é idêntico para todos os segurados, quer sejam ou não acidentados do trabalho. As indenizações correspondentes ao infortúnio podem apenas transformar-se em *acréscimo* ao benefício da previdência social, conforme atrás mencionado.

O sistema brasileiro de previdência social, quanto aos empregados é custeado pela contribuição igual e triplíce paga pelo próprio empregado, pelo empregador e pelo Estado (LOPS e RGPS). Aqui, portanto, a obrigação do empregador de pagar a contribuição não está ligada aos infortúnios do trabalho, mas à necessidade de assegurar àqueles que lhe prestam trabalho subordinado e dependentes deles os meios indispensáveis de manutenção em caso de idade avançada, incapacidade, prestação de serviço durante determinado tempo, prisão ou morte, bem como a prestação de serviços que visam à proteção da saúde do empregado e concorram para seu bem estar (art. 1.º da LOPS).

A contribuição do empregador para a previdência social não se confunde, portanto, com o prêmio do seguro contra os infortúnios do trabalho que êle é obrigado a pagar.

O decreto-lei 7.036 havia previsto em seu artigo 112 a cessação progressiva das operações de seguro contra os riscos de acidente do trabalho pelas companhias particulares e pelas cooperativas dos sindicatos, de forma que, devidamente aparelhadas, as instituições de previdência social pudessem assumir o monopólio desse seguro a partir de 1.º de janeiro de 1954. Tal monopólio existe atualmente

apenas para os dois Institutos já mencionados — o dos Marítimos e dos Empregados em Transportes e Cargas, porque a lei n.º 1.985, de 19-9-1953 adiou “sine die” a cessação das operações das entidades particulares quando determinou que “A lei concederá exclusividade aos demais institutos e caixas que estiverem em condições de atender perfeitamente aos riscos de acidentes do trabalho, em confronto com as entidades privadas”.

De acôrdo com a LOPS, passou a ser uniforme a organização de todos os Institutos, contando êles com um Departamento de Acidentes do Trabalho, no qual se faz o seguro contra os riscos de infortúnio, *com exclusividade* no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos e no dos Empregados em Transportes e Cargas e em *regime de concorrência* com as entidades privadas, nos demais.

As indenizações concedidas pela LAT, por incapacidade permanente ou morte, não excluem o direito aos benefícios do seguro-invalidéz e do seguro-morte a cargo das instituições de previdência social (art. 30 da LAT).

As prestações da previdência social em caso de acidente do trabalho visam a proporcionar: I — *acréscimo dos benefícios* de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte, para os beneficiários de qualquer Instituto, quando vítimas de infortúnio; II — o benefício de *manutenção do salário* e as *prestações assistenciais* já mencionadas, garantidas pela LAT, para os beneficiários dos Institutos que tiverem a seu cargo, com exclusividade, o respectivo seguro (art. 179 do RGPS).

Considerando que, na prática, tanto a indenização por incapacidade temporária, devida em consequência de acidente do trabalho, como o auxílio doença, que é benefício da previdência social, constituem importâncias destinadas a manutenção do empregado e de seus dependentes, durante período de tratamento, muita controvérsia surge na jurisprudência sôbre a possibilidade ou não da percepção cumulativa de ambos, tendo em vista a mesma incapacidade.

Vacilante a princípio, firmou-se hoje o entendimento de que tal acumulação é perfeitamente legítima. “O fato de o acidentado ter recebido auxílio-enfermidade do IAPI não impede o reconhecimento das diárias, visto que a Lei de Acidentes do Trabalho e a legislação social operam em campos distintos, independentes” (RT 287/670, 239/316, 242/508). Ainda que o seguro tenha sido realizado no próprio Instituto competente para concessão do auxílio-doença, outra não é a solução: “O Instituto de Previdência, na indenização por acidente do trabalho, não pode descontar o auxílio pecuniário prestado ao seu contribuinte. Ele se obriga a dupla retribuição, uma de ordem social e outra por força do contrato, sem que possa falar em “bis in idem”, decidiu o Supremo Tribunal Federal (RT 281/853 — No mesmo sentido, RT 248/526, 302/360, DJU 8-7-1961, pág. 991; 20-7-1961; 11-8-1961; pág. 1607; 9-11-1961, pág. 2497).

V. Em que medida a responsabilidade civil se acha restringida ou excluída pela legislação dos seguros sociais?

No Brasil a legislação de seguros sociais não restringe nem exclui a responsabilidade civil.

Se considerarmos entretanto a LAT que, como referido, não estabelece ainda o seguro contra os infortúnios com caráter de verdadeiro seguro social, podemos acrescentar que a responsabilidade civil do empregador fica totalmente excluída quando o acidente decorrer de culpa d'ele próprio ou de seus prepostos, *desde que se trate de culpa leve ou levíssima*, tendo em vista a interpretação dada à palavra “dolo”, como significando ao mesmo tempo dolo ou culpa grave equiparada ao dolo, pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do disposto no art. 31 da LAT que dispõe: “O pagamento da indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que éste resulte de dolo seu ou de seus prepostos”.

VI. Em que medida a responsabilidade civil estaria fundamentada na ruptura do contrato de trabalho ou em um delito civil e na violação das obrigações legais relativas à segurança, considerando êste fato como um delito civil?

O acidente do trabalho, embora provocado por culpa ou dolo do empregador e seus prepostos, não é causa de ruptura do contrato de trabalho. Com efeito, computa-se, para efeito de indenização por despedida injusta e estabilidade, o período de afastamento por motivo de infortúnio do trabalho (art. 4.º, parágrafo único da CLT com a redação dada pela lei n.º 4.072, de 16 de junho de 1962), não sendo descontada do período aquisitivo do direito a férias a ausência do empregado por motivo de acidente do trabalho (art. 134, alínea “a”, da CLT).

Geralmente, a responsabilidade civil do empregador deriva da prática de ato ilícito, não só derivado de dolo, mas também de culpa grave do próprio empregador ou de seus prepostos. A jurisprudência dominante reconhece culpa grave equiparada ao dolo em hipóteses de violação das obrigações legais relativas à segurança.

RÉSUMÉ

Introduction.

A) *Réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles.*

La loi des accidents du travail (LAT), qui est en vigueur au Brésil, est, avec modifications postérieures de détails, le décret-loi n.º 7.036 du 10 novembre 1944, réglementé spécialement par le décret n.º 18.809, du 5 juin 1945 et par des arrêtés n.º 9, du 30 mai 1947, qui a approuvé la relation des maladies professionnelles, et n.º 4, du 11 juin 1959, qui a

approuvé des tables pour la détermination du degré de l'incapacité dans le but du calcul des indemnisations par incapacité permanent partielle.

B) *Concept légal de l'accident du travail.*

La loi brésilienne considère aussi les maladies professionnelles comme accident du travail, en exigeant 3 (trois) personelles; 2) lien étiologique, c'est à dire, relation directe ou indirecte entre la lésion personnelle et le travail réalisé par la victime; 3) incapacité pour le travail ou mort.

c) *Champ d'application de la loi des accidents du travail.*

La loi protège les personnes qui prêtent du travail subordonné dans les divers branches d'activité, y compris les travailleurs agricoles et les domestiques. La loi protège aussi le condamné, qui constitue l'unique exception où ne se demande pas un contrat de travail. On écarte de la protection légale les professionnels libéraux, les travailleurs autonomes et le fonctionnaires publics qui ont un régime juridique spécial, autre que le droit du travail et de la sécurité sociale.

I. Les principes et les règles du droit commun relatifs aux infortunes du travail (accidents du travail et maladies professionnelles).

a) *Les causes de responsabilité:*

1. quant à *responsabilité civile*: a) les accidents résultants de dol de l'employeur et de ses préposés; b) les accidents provoqués par tiers; c) les accidents résultants de faute inexcusable comparable au dol de l'employeur ou de ses préposés, hypothèse admise par la

jurisprudence, après de nombreuses controverses.

2. quant à *responsabilité pénale*: tous les infortunes qui aussi configurent des crimes ou des délits définis par la législation qui est en vigueur, parce que l'article 107 du décret-loi n.º 7.036 déclare que ses dispositions n'excluent pas la responsabilité criminelle, dans les cas prévus dans le droit commun.

La responsabilité civile liée aux accidents du travail généralement se rapporte aux actes illicites et, donc, à la responsabilité extra-contractuelle.

b) *Les causes d'irresponsabilité*: 1) cas fortuit; 2) faute exclusif de la victime; 3) l'état de nécessité; 4) légitime défense; 5) faute légère ou très légère du propre employeur ou de ses préposés.

Le délai de prescription est de 30 ans.

II. Les principes et les règles du droit du travail, relatifs aux infortunes du travail (accidents du travail et maladies professionnelles).

Les principes fondamentaux au Brésil sont: — 1) la théorie du risque d'autorité comme fondement de l'obligation d'indemniser les infortunes du travail; 2) les maladies professionnelles sont considérées comme accident du travail; 3) dans la configuration de le lien étiologique on adopte la théorie de la "conditio sine qua non", suivant laquelle il ne faut pas distinguer entre cause et condition.

a) *Les causes de responsabilité*:

En y ayant relation directe ou indirecte entre la lésion personnelle et le travail, les causes de responsabilité sont les suivants: 1) cas fortuit; 2) faute de l'employé ou de

l'ouvrier, de l'employeur ou de ses préposés; 3) dol de l'employeur ou de ses préposés; 4) dol ou faute de tiers, y compris des compagnons de travail de la victime; 5) actes de tiers privés de l'usage de la raison; 6) quelques causes d'infortune, par hasard pas identifiées.

b) *Les causes d'irresponsabilité:*

1) dol de l'accidenté ou désobéissance de celui-ci aux ordres exprès de l'employeur; 2) force majeure, sauf l'action de phénomènes naturels, déterminée ou aggravée par les installations de l'établissement ou par la nature du travail; 3) l'accident "in itinere", sauf quand il y ait du transport spécial fourni par l'employeur, ou si la locomotion de l'employé ou de l'ouvrier se fasse nécessairement par des voies et moyens qui offrent vrais dangers, auxquels le public en général n'est pas soumis; 4) des maladies endémiques contractées par les employés ou les ouvrières habitant des régions où elles se développent, excepté si l'on prouve que la maladie a résulté de l'exposition ou contact direct résultant de la nature du travail réalisé.

Le délai de prescription est de 2 ans.

La faute survenante de l'accidenté peut occasionner la limitation de la responsabilité patronale.

III. Les obligations de l'employeur imposées par le droit commun et par le droit du travail, qui ont relation avec les infortunes du travail (accidents du travail et maladies professionnelles).

a) *Les obligations préventives.*

Les règles de prévention des accidents du travail consistent spécialement de la Constitution du Brésil du 1946, de la décret-loi n.º 7.036 (LAT) e de la Consolidation de la Legislation du Travail (CLT), des arrêtés du Ministère du Travail et de la Prevoyance Sociale (MTPS) et aussi

des ordres de service donnés par l'employeur avec cette intention.

Dans un schéma très général, on peut dire que les règles préventives visent à garantir :

a) la limitation d'exposition à l'agressivité du travail, ce que la loi cherche réaliser : 1) en fixant une journée limite de travail ; 2) en réduisant la prorogation de la journée normale ; et 3) en exigeant des interruptions du travail ;

b) hygiénisation de l'ambiance de travail ;

c) la sécurité du travail ;

d) certains soins corporels indispensables aux travailleurs.

Dans tout établissement avec plus de 100 employés ou ouvriers, l'employeur doit organiser la "Commission Interne de Prévention des Accidents", la CIPA, intégrée par des membres représentatifs de l'employeur et des employés et des ouvriers en égal nombre.

La loi exige l'examen médical pour l'admission de l'employé et de l'ouvrier, lequel doit être renouvelé périodiquement, quand il s'agit d'activités insalubres ou dangereuses.

b) *Les obligations de l'assistance :*

1) L'assistance médicale (y compris l'assistance dentaire), pharmaceutique et hospitalier à l'accidenté. 2) Réhabilitation, qui vise à restituer le tout ou part de la capacité de l'accidenté, pour la primitive profession ou pour une autre profession compatible à ses nouvelles conditions corporelles. La réhabilitation ne constitue pas encore au Brésil un vrai droit de l'accidenté.

c) *Les indemnisations.*

Les indemnisations sont concédées dans les cas de : 1) mort ; 2) incapacité permanente totale ; 3) incapacité permanente partielle ; et 4) incapacité temporaire.

Les indemnisations sont calculées d'après la rémunération mensuelle reçue par l'accidenté. On ne tient pas compte de la fraction de cette rémunération excédant une fois et demi le montant du salaire minime de plus grand valeur qui est en vigueur dans le pays.

Dans les cas de maladie professionnelle, il y a de responsabilité solidaire des employeurs pour lesquels la victime aie travaillé pendant les deux ans derniers.

Quand il y a de la guérison clinique de la maladie professionnelle, l'indemnisation est réduite de la moitié par la jurisprudence.

Les indemnisations renferment les honoraires de l'avocat constitué par l'accidenté ou par ses ayants droit.

Le lien entre l'assurance contre les risques professionnelles et la prévoyance sociale est faite au moyen de :

1) recueillement de part du montant de l'indemnisation aux institutions de prévoyance pour ajoutage aux rentes qui seront versées par ces institutions;

2) régime de manutention de salaire, qui, au delà de l'assistance, assure à l'accidenté ou à ses ayants droit une rente complémentaire, pour qu'ils reçoivent des institutions paiement mensuel égal au salaire de contribution de l'accidenté. Le salaire de contribution des employés ou des ouvriers c'est la rémunération reçue pendant le mois jusqu'à le montant de cinq fois le plus haut salaire minime en vigueur dans le pays. Ce régime seulement s'applique aux maritimes et aux employés et ouvriers en transports et charges.

IV. Les obligations de l'employeur devant les institutions de sécurité sociale chargées des conséquences des infortunes du travail (accidents du travail et maladies professionnelles).

Les conséquences des infortunes ne restent pas uniquement sous responsabilité de l'employeur. Par l'accident,

celui-ci paye seulement des indemnisations de capital. Les institutions de prévoyance sociale doivent payer les rentes dues en cas de retraite par invalidation ou en cas de pension a les ayants droit de la victime.

La prévoyance sociale est financé par la contribution égale et triple de l'employeur, du propre employé ou ouvrier et de l'État, selon la loi 3.807 du 26 août 1960. Cette contribution de l'employeur ne se confond pas avec les primes de l'assurance d'accident du travail, qui sont payés seulement par celui-ci.

Quand l'assurance contre les infortunes du travail est faite dans la propre institution de prévoyance qui doit concéder les rentes résultants de retraite ou de pension, cette institution, en réalisant les prestations correspondantes à la loi d'accidents du travail, ne fonctionne pas comme une institution de sécurité sociale, mais comme simple assureur qui le plus souvent a obtenu l'assurance *dans le régime de concurrence* avec les compagnies privées, légalement autorisées à opérer dans ce branche d'assurance.

V. Dans quelle mesure la responsabilité civile se trouve restreinte ou exclue par la législation des assurances sociales?

Au Brésil, la législation des assurances sociales ne restreint, ni exclut pas la responsabilité civile.

Par la loi des accidents du travail, qui n'a pas institué l'assurance contre les infortunes du travail avec le caractère d'assurance sociale, la responsabilité civile de l'employeur reste totalement exclue dans l'hypothèse d'accident découlant de faute légère ou très légère du propre employeur ou de ses préposés.

VI. Dans quelle mesure la responsabilité civile est fondé dans la rupture du contrat de travail ou dans un délit civil et dans la violation des obligations relatives à la sécurité, en considérant ce fait comme un délit civil?

L'accident du travail n'est pas la cause de rupture du contrat de travail. Généralement la responsabilité civile de l'employeur dérive de la pratique d'un acte illicite résultant de dol ou faute lourde comparée au dol, de lui ou de ses préposés. La jurisprudence dominante reconnaît dans la violation des obligations légales relatives à la sécurité une des hypothèses de faute lourde ou inexcusable comparée au dol.

Origem romana da assistência.

Moacyr Lobo da Costa

Docente livre de Direito Judiciário Civil na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

1. Ao contrário do que já se afirmou entre nós¹, a assistência, como intervenção de terceiro interessado no processo pendente entre outras pessoas, não é criação do direito moderno, mas, deita raízes no processo civil romano do período da “cognitio extra ordinem”.

Não se trata de forma de intervenção “cuja origem, *ao que parece*, remonta ao Direito Romano”, como ensina ilustre processualista pátrio², mas, de figura que é uma genuína criação da legislação imperial romana, como passaremos a demonstrar, com apoio nas fontes e nos autores que versaram o assunto³.

Em livro sôbre a intervenção adesiva, que é justamente reputado como a mais profunda investigação científica sôbre

1. JOSÉ A. ALMEIDA AMAZONAS, *Assistência*, tese, S. Paulo 1936, p. 12: “A intervenção do terceiro, como assistente, em causa que se processa entre outras pessoas — é criação do direito moderno.”

2. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio 1952, vol. II, p. 277.

3. Cf. VITTORIO SCIALOJA, *Procedura Civile Romana*, Roma 1936, p. 309.

LEOPOLD WENGER, *Instituzioni di Procedura Civile Romana*, trad. ORESTANO, Milano, 1938, p. 80.

ZIMMERN, *Théorie de la procédure privée chez les romains*, trad. ETIENNE, Paris 1843, p. 475.

essa figura processual, demonstrou SEGNI⁴, de maneira cabal, que, não só os casos de intervenção de terceiro no processo, previstos nos textos do *Corpus Juris*, referem-se ao período da “extraordinaria cognitio”, como, também, em razão da estrutura do processo nos períodos anteriores das “legis actiones” e do procedimento “per formulas”, a intervenção de terceiro não podia ter cabimento, dada a natureza contratual do “judicio” resultante do instituto da “litis-contestatio”.

2. No período antejustiniano da “cognitio extra ordinem”, conquanto, ordinária e normalmente o processo se desenvolva entre duas partes, autor e réu, foi admitida a intervenção de um terceiro, como parte secundária ou acessória, quando tenha interesse na causa e pretenda, com sua intervenção, que a decisão da lide seja favorável à parte, a que assiste.

Do exame dos vários textos que tratam da intervenção de terceiro no processo, seja em primeira instância, antes do julgamento da lide, seja sob forma de apelação, após a sentença do magistrado, ressalta, contudo, uma nota comum e dominante: a referência ao conluio ou ao dolo das partes⁵.

Embora inexista nas fontes uma regulamentação sistemática da figura da intervenção de terceiro no processo, os vários textos revelam que sua admissão, no processo imperial, teve por finalidade permitir ao terceiro interessado na demanda a proteção de seu interesse contra o conluio ou o dolo das partes, o que importa em poder a intervenção ocorrer, também, contra a vontade da parte a que vem assistir, segundo observou GLÜCK⁶.

Assim, a título exemplificativo, cita-se, comumente, a intervenção dos legatários na querela “de inofficioso testa-

4. ANTONIO SEGNI, *L'Intervento Adesivo*, Roma 1919, nrs.: 4 p. 13 e 5 p. 17.

5. ANTONIO SEGNI, *op. cit.* p. 18

6. FREDERICO GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Livro V, trad. BRUGI, Milano 1893, p. 266.

mento”, *Dig.* 5, 2, 29 pr., preconizada por ULPIANO — “Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, et eum, qui de inofficioso testamento agit, *adesse* etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est: eisdemque permissum est appellare, si contra testamentum pronunciatum fuerit”.

O fragmento de ULPIANO, em que é permitida expressamente a apelação do terceiro contra a sentença pronunciada no processo, em decorrência do conluio das partes, põe em evidência que a intervenção de terceiro surgiu no período antejustiniano da “*cognitio extra ordinem*”, porque o recurso de apelação teve sua origem histórica e só foi conhecido nesse período⁷, tendo sido estranho ao processo formulário⁸, bem como, que a intervenção podia ocorrer antes da sentença, perante o magistrado, ou depois, em apelação.

Além desse fragmento de ULPIANO, encontram-se no *Corpus Juris* mais os seguintes textos referentes à intervenção de terceiro no processo, em primeira instância, com a finalidade de *assistir* a uma das partes em juízo: PAULO *Dig.* 3,3,69; ULPIANO 49, 1, 14 pr; PAULO, *Cod.* 7, 16, 19; *Cod.* 4, 48, 1 e 8, 45, 20-21.

Todavia, os textos que referem a intervenção sob a forma de apelação do terceiro interessado são mais numerosos.

No *Liber Quadragesimononus* do *Digesto*, que trata “de *appellationibus et relationibus*”, encontram-se, entre outros (que podem nos ter escapado à pesquisa) os seguintes casos de apelação: do “*dominus*” na lição do “*procurator*”,

7 RICCARDO ORESTANO, *L'Appello civile in Diritto Romano*, 2.^a ed. Torino 1953, p. 186.

Cf. no mesmo sentido: FERDINAND WALTER, *Histoire de la procédure civile chez les romains*, trad. LABOULAYE, Paris 1841, p. 96; EMILIO COSTA, *Perfil Storico del Processo Civile Romano*, Roma 1918, p. 178; PIETRO BONFANTE, *Storia del Diritto Romano*, 4.^a ed., Roma 1934, vol. I, p. 419; ARANGIO RUIZ, *Storia del Diritto Romano*, 5.^a ed., Napoli 1947, p. 322.

8. GAETANO SCHERILLO, *Introduzione alla “Cognitio Extra Ordinem”*, *Corso di Diritto Romano*, Milano 1960, p. 265.

MACRO 49, 1, 4, 2 — era a confirmação do poder reconhecido de assistir à causa em primeira instância — (neste caso, PAULO⁹ respondeu que, ainda ao que nomeou procurador para demandar em juízo, não se proíbe que compareça em defesa de sua causa); do legatário na querela “de inoff. test.”, MARCIANO 49, 1, 5, 1-2-3; do fiador do vendedor na lide do vendedor, MARCIANO 49, 1, 5 pr.; do pai na lide sobre o estado do filho, MACRO 49, 4, 2, 2; do coherdeiro na lide conduzida por outro herdeiro, MARCIANO 49, 1, 5 pr.; do comprador na lide do vendedor, MACRO 49, 1, 4, 3; do credor pignoratício na lide do devedor sobre a propriedade do bem empenhado, MACRO 49, 1, 4, 4.

Como a omissão da apelação, pela parte vencida, fôsse considerada como dolo processual, — segundo a exegese dos textos de ULPIANO, *Dig.* 17,1, 8, 8 e 20, 50, 1 e MODESTINO *Dig.* 21, 2, 63¹⁰, — era lícito ao terceiro apelar para suprir a omissão e obstar o trânsito em julgado da sentença “inter alios” contrária ao seu interêsse.

No caso de conluio das partes para lesar os legatários e os escravos libertos, na querela “inofficiosi testamenti”, era admitida a intervenção destes no processo, em primeira instância, para *assistir* a parte a quem competia a defesa do testamento, — ULPIANO, *Dig.* 5, 2, 29 pr.; bem como sua apelação — MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5, 1-3; mas, quando o herdeiro, propositadamente, não comparecia para defender o testamento, deixando correr à revelia o processo, com a finalidade de obter a anulação do testamento em prejuizo dos

9. “Paulus respondit, etiam eum, qui ad litem suscipiendam procuratorem dedit, causae suae *adesse* non prohibere”, *Dig.* 3, 3, 69 — para maior desenvolvimento a respeito da posição do “procurator” no processo civil romano, ver: LEOPOLD WENGER, *op. cit.* p. 84; VITTORIO SCIALOJA, *op. cit.* p. 138; ZIMMERN, *op. cit.* p. 459; F. L. DE KELLER, *De la Procédure Civile et des Actions chez les romains*, trad. CAPMAS, Paris 1870, p. 236; FERDINAND WALTER, *op. cit.* p. 130; EMILIO COSTA, *op. cit.* p. 124; ampla exposição em CRISANTO MANDRIOLI, *La Rappresentanza nel Processo Civile*, Torino 1959, p.p. 4 a 19.

10. Cf. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 19.

legatários e escravos libertos, PAULO nos diz, em um texto muito discutido¹¹, que, nesse caso, a manobra não os prejudicava:

“Cum contra testamentum, ut inofficiosum judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente, secundum praesentem judicatum sit: hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri: et ideo libertates competunt, et legata petuntur”. *Dig.* 5, 2, 17, 1.

A solução indicada por PAULO era de doutrina corrente no fim da época clássica — ULPIANO, *Dig.* 30, 50, 1 — mas acentua PETOT¹², já era certamente conhecida desde a época de ANTONINO PIO, porque um rescrito desde Imperador a transportou para o processo da “extraordinaria cognitio”, como se lê nas fontes: ULPIANO, *Dig.* 49, 1, 14 pr.:

“Si perlusorio judicio actum sit adversus testamentum, an jus faciat judex, videndum? Et DIVUS PIUS, cum inter conjunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare iis permisit, et hodie hoc jure utimur, ut possint appellare; sed et agere causam apud ipsum judicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.”

e MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5, 2:

“Idem (DIVUS PIUS) rescripsit, legatarios causam appellationis agere posse”.

11. Ver a respeito: PIERRE PETOT, *Le défaut in judicio dans le procédure ordinaire romaine*, Paris 1912, p. 57; E. PERRROT, *L'Appel dans la procédure de l'ordo judiciorum*, Paris 1907, p.p. 67 e 68.

12. PIERRE PETOT, *op. cit.*, p. 58.

3. O fundamento da intervenção do terceiro era sempre o seu interesse na causa em lide¹³, com a finalidade de obstar o prejuízo decorrente da sentença “inter alios”, fruto do conluio das partes.

Após o confronto dos vários textos, é de se concluir que o único conceito geral que se pode induzir é o do dolo das partes¹⁴.

Com referência à apelação de terceiro, porém, as fontes são mais explícitas na formulação do princípio sobre sua legitimação, em razão do interesse próprio:

MACRO, *Dig.* 49, 1, 4, 2.

“Alio condemnato is, *cujus interest*, appellare potest, qualis est, qui per procuratorem expertus, victus est; nec procurator suo nomine appellet”.

“Sed si alius, quam qui iudicio expertus est, appellet, qualis est *cujus interest*, an etiam tertia die appellare possit, videamus. Sed dicendum est secunda die appellare eum debere, quia verum est suam causam defendere”. . . . *Dig.* 49, 4, 2, 1.

Considerava-se, assim, o terceiro legitimado a apelar, quando pudesse demonstrar seu próprio interesse na reforma da sentença.

Quando esse interesse ocorria, isso era admitido como título de legitimação (“justa causa”), idôneo para superar a regra ordinária que proibia a apelação de quem não fôsse parte no processo — MARCIANO, *Dig.* 49, 1, 5 pr.:

“A sententia inter alios dicta appellari non potest, nisi ex justa causa” . . .

13. VITTORIO SCIALOJA, *op. cit.*, p. 309; LEOPOLD WENGER, *op. cit.*, p. 80; ZIMMERN, *op. cit.*, p. 475; R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 320.

14. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 22: *l'unico concetto generale è quello del dolo delle parti.*

Não era fácil, porém, tanto em teoria como na prática, adverte ORESTANO¹⁵, estabelecer quando era que êsse interêsse devesse ser reconhecido, principalmente, em face de um princípio geral, ainda mais amplo, afirmado pelos jurisconsultos e imperadores, segundo o qual “res inter alios iudicatas nullum aliis praejudicium faciant” — ULPIANO *Dig.* 44, 2, 1 (Cf. mais: MODESTINO, *Dig.* 44, 1, 10; MACRO *Dig.* 42, 1, 63; JAVOLENUS, *Dig.* 33, 2, 31; PAULO, *Dig.* 20, 4, 16).

Para estar legitimado a apelar, quem não tinha sido parte no juízo devia afirmar ter próprio e direto interêsse na reforma da sentença. Mas, se a sentença “inter alios” não o tivesse verdadeiramente prejudicado em caso algum, como teria podido sustentar que tinha próprio e direto interêsse na sua reforma?

Depois de haver suscitado a questão, ORESTANO¹⁶ lembra que foi o próprio MACRO, no seu livro II “de appellationibus” (*Dig.* 42, 1, 63) que advertiu do problema e procurou encaminhá-lo para uma solução, com a distinção famosa, na qual é enfrentado um dos argumentos mais árduos de tôda a teoria processual, qual seja o dos limites subjetivos da coisa julgada:

“Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet”...¹⁷.

15. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 322.

16. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 323.

17. Êsse é o texto, como se lê no *Digesto*; todavia, R. ORESTANO, p. 323, reproduzindo a lição de EMILIO BETTI — *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, p. 7 — transcreve a seguinte reconstrução, sob o fundamento de que as palavras do texto não apresentam um significado inteligível: “nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam, etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet, quibusdam vero scientibus obest”...

MACRO nesse longo fragmento, que é considerado dos mais importantes e difíceis do *Digesto*¹⁸, examina, a seguir, várias hipóteses em que os efeitos do julgado na sentença podem atingir a terceiros que não participaram do processo, prejudicando-os.

A distinção proclamada por MACRO, — “*Quod tamen quandam distinctionem habet*” — conforme demonstrou EMILIO BETTI na exegese de profundidade a que submeteu o famoso fragmento, serve de explicação para a aparente antinomia dos textos, com o delineamento dos limites subjetivos da coisa julgada.

Desde que, nas hipóteses examinadas por MACRO, o terceiro estranho ao processo podia vir a ser prejudicado pelos efeitos da sentença, reconhecia-se que o interêsse de evitar o prejuízo era título de legitimação (“*justa causa*”) para a sua apelação.

A pesquisa de EMILIO BETTI teve o grande mérito de pôr em evidência que o princípio “*res inter alios judicatas aliis non prae-judicare*” (isto é, a jurídica irrelevância da sentença com respeito aos terceiros, como coisa julgada a êles referente) se tornava aplicável, em sua plenitude, unicamente em relação àquele que fôsse não só estranho ao processo, mas, ainda, de todo estranho, além de indiferente, à relação de direito substancial deduzida em juízo¹⁹.

Quando, ao contrário, alguém, embora permanecendo estranho ao processo, não fôsse inteiramente estranho ou indiferente à relação de direito substancial, que era objeto da controvérsia na causa entre as partes, então os efeitos da sentença “*inter alios*” se produziam também com respeito a êle, ou, quando menos, se refletiam sôbre êle, segundo sua “*posição*” em relação ao direito substancial, ou, eventualmente, segundo a “*scientia*” ou desconhecimento que tivesse tido do juízo em curso, esclarece EMILIO BETTI em sua exegese magistral²⁰.

18. Cf. EMILIO BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, p. 7; R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 323.

19. Cf. RICCARDO ORESTANO, *op. cit.*, p. 324.

20. EMILIO BETTI, *op. cit.*, p. 329.

A êste terceiro, estranho ao processo, mas não estranho ou indiferente à relação de direito substancial controvertida na lide entre as partes, é que se reconheceu, no período antejustiniano, da “cognitio extra ordinem” o poder de intervir no processo, para impedir a formação da coisa julgada, por sentença “inter alios”, cujos efeitos viessem prejudicá-lo.

4. Na vasta e magnífica obra de elaboração e compilação das normas jurídicas, empreendida sob JUSTINIANO, nada se acrescentou de novo às regras conhecidas, no processo imperial da “cognitio extra ordinem” sôbre a intervenção de terceiro no processo.

Apenas, na *Novela* cxii, o Imperador, considerando a situação do legatário em face da demanda contra o herdeiro, a propósito da coisa legada, autorizou-o, expressamente, a ingressar no processo:

“Si vero heres in iudicio victus extiterit, non habeat legatarius licentiam aliam rem pro eodem legato heredem exigere: quoniam sciens testator rem litigiosam esse, litis eventum legatario dereliquit. Unde damus licentiam legatario (si hoc prodesse sibi putaverit) litis participem fieri: ut ne aliquam forte negligentiam seu proditionem heredi possit objicere”.

Essa *Novela*, porém, não introduziu qualquer modificação a respeito da intervenção de terceiro, tal como já era admitida no direito anterior.

5. Do exame das fontes resulta, claramente, que o processo civil romano do período imperial da “cognitio extra ordinem” conheceu a intervenção de terceiro no processo, em primeira instância, antes de ser proferida a sentença pelo magistrado, e em apelação, com a finalidade de impedir que, pelo conluio, dolo ou negligência da parte, os efeitos da sentença “inter alios” viessem causar-lhe prejuízo.

A essa figura, única de que se encontra notícia no processo romano, SEGNI denominou intervenção adesiva, em virtude da posição processual do terceiro em relação à parte principal²¹

Um ilustre processualista alemão²², estudando a intervenção de terceiro no processo romano, sustenta que, em primeira instância, o terceiro seria um simples *assistente* da parte, tendo em vista o significado etimológico de “adesse”, expressão empregada nos textos.

Com efeito, lê-se nas seguintes passagens: — “*causae suae adesse non prohiberi*”, PAULO, *Dig.* 3,3, 69; — “*adesse etiam legatarios*”, ULPIANO, *Dig.* 5, 2, 29 pr.; — “*ut causae agenda adesset*”, *Cod.* 4, 48, 1. — “*emptoribus adesse ac defendere causam non prohibemini*”, *Cod.* 8, 45, 20 — “*ut tibi assistant, causamque instruant*”, *Cod.* 8, 45, 21.

Como, na verdade, o significado etimológico de “adesse” é exatamente êsse, “estar presente, assistir”, sendo autorizado, pelo exemplo de CÍCERO (*Cartas Familiares*, 6, 14, 3) o seu emprêgo com o significado de “defender, assistir alguém”²³, a opinião de SCHULTZE não pode deixar de merecer a mais alta consideração, por parte dos juristas de língua portugueza, de vez que, em nosso direito, essa figura se denominou, tradicionalmente, *assistência*, desde seu aparecimento na vetusta legislação da monarquia lusitana.

21. ANTONIO SEGNI, *op. cit.*, p. 32 — como declara no Prefácio do livro, essa denominação foi formulada por CHIOVENDA — (*Principii*, 3.^a ed., p. 601) e adotada pelo Autor.

22. SCHULTZE, *Die rechtliche Stellung der sogenannten Nebenintervention im Reichsstreit* in Z.Z.P. a II, 1880, p. 54; referido por SEGNI, *op. cit.*, p. 28 nota 3.

23. *Apud* FORCELINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, ed. 1940, tomo I, p. 358, verb. “Assum”.

Oração de paraninfo aos bacharéis de 1963*.

Luis Eulalio de Bueno Vidigal

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

1. Nunca, como neste momento, poderia ser mais cara a meu coração de professor a honraria que me conferis. Quasi sempre a escolha do paraninfo, feita pelos novos bacharéis, representa prêmio a que nenhum mestre é insensível. Acompanhar, como vos acompanhei, desde o terceiro ano do curso e ver, ao fim dêle, que apesar da distância que, hoje como sempre, separa o aluno do professor; apesar das lições tantas vêzes enfadonhas; apesar dos rigores impostos pela disciplina e pela necessidade de se justificar o privilégio que o diploma outorga; ver, enfim, que o mestre, por caminhos ásperos, sem cortejar a popularidade, converteu a tantos de seus discípulos em bons e fiéis amigos, seria recompensa bastante para quem, acorrendo ao magistério, nada mais buscou do que servir a autêntica vocação, cujas origens se vão encontrar em seus — ai de mim — já longínquos tempos de estudante de humanidades.

Agora, porém, outro motivo há para encher de júbilo e ufania o peito de vosso paraninfo. Premiais também com vosso aplauso não apenas o professor, para quem se tornara fácil, pelos meandros de sua disciplina, conquistar-vos a amizade, senão também o diretor da Faculdade, escolhido para o cargo em momento difícil para a vida da escola em particular e angustioso, por todos os títulos, para a vida da nação.

* Proferida em 22 de abril de 1964.

2. Nossa academia centenária já se vinha preparando, de vinte anos a esta parte, para transmutar-se, de instituto enciclopédico de ciências sociais, que fôra no século passado e no primeiro quartel dêste século, em escola de juristas (advogados, juizes, promotores, delegados) e de cientistas (professôres e escritores). Era fatal que essa transformação se operasse. Algumas das escolas mais novas, que hoje integram a universidade de São Paulo, adestravam o aluno, na medida do possível, para os embates da vida prática. Outras, em que não se sentiam as exigências da prática, ensinavam a estudar e pesquisar. Paralelamente, escolas particulares surgiram, empregando os mesmos métodos, e obtendo talvez os mesmos resultados, da Faculdade de Direito.

Proseguir silenciosa e abnegada, talvez inglôriamente, em sua rotina centenária, ou renovar-se, iniciando novo ciclo de cultura, em busca de novos campos de trabalho intelectual, eis a alternativa em que encontrou a nossa escola a lei de diretrizes e bases da educação nacional.

Poucos dispositivos fundamentais estão destinados a alterar completamente nossos hábitos escolares. Para o aluno, freqüência obrigatória. Para o professor, cento e oitenta dias de aulas por ano; mínimo de 75% a cargo do titular da cadeira; aulas práticas obrigatórias; carreira universitária. Parece pouco. No entanto, seremos obrigados, e não sem tempo, a trabalhar nos dois períodos do dia. Nos cursos noturnos, diante da impossibilidade de satisfazer o mínimo legal, seremos talvez obrigados a acrescentar um ano ao curso juridico. No corpo docente, onde antes funcionava apenas o titular da cadeira, passarão a funcionar: o titular; o regente das turmas desdobradas; o professor do curso de especialização; os assistentes; os instrutores do quadro; os instrutores voluntários.

De nós depende o aproveitamento integral de todo êsse material humano, para que a Faculdade venha a ser, no novo regime, o que foi no passado: pioneira de todo trabalho de desenvolvimento da ciência jurídica em São Paulo.

3. Ouvimos, aqui e ali, críticas a nosso ensino superior e, particularmente, a nossa querida Faculdade. Serão totalmente procedentes? Duvidamos muito e muito.

Prega-se a reforma universitária. Até SANTIAGO DANTAS, fino e lúcido espírito, subscreveu e apoiou algumas das idéias dessa reforma.

“Abolição do sistema de cátedras vitalícias”, “Criação de institutos onde se processe a renovação cultural”, “Participação efetiva, e em número adequado, dos estudantes na administração das universidades”.

Fala-se, como um grande mal, da vitaliciedade das cátedras. Que vem a ser, porém, em nossa escola, essa decantada vitaliciedade? Apenas a garantia de um direito elementar de estabilidade na função, aspiração mínima de quem quer que se dedique de corpo e alma a uma profissão.

Não é de hoje que se ouvem essas críticas. Quando, há trinta e dois anos, recebi meu grau de bacharel, ouvi-as dos lábios de ALCÂNTARA MACHADO: “Há professôres indignos? Cumpra-se a lei: corre à administração o dever de puni-los; e podem puni-los os próprios alunos mediante a opção pelos cursos dos livres-docentes”. “Existem alguns que se enquistam em suas cadeiras e, agarrados a elas, permanecem durante trinta, quarenta, cinqüenta anos, atravancando a disciplina, prejudicando gerações sôbre gerações de estudantes, impedindo a renovação do professorado?” “Cumpra-se a lei: sejam êles aposentados compulsoriamente. O ensino obedece a processos condenados pela pedagogia? Cumpra-se a lei: constituam-se seminários, centros de debates e de pesquisas, clínicas judiciárias, que representam para as ciências sociais o que representam os laboratórios para as ciências da natureza”. “O exame é um processo reprovado e falido?” “Cumpra-se a lei: submetam-se os discentes a exercícios práticos e provas parciais, rigorosamente fiscalizadas, com influência proeminente no julgamento final”.

Caberá, porventura, a nossa escola de hoje a crítica de ALCÂNTARA? Enquistam-se os professôres em suas cátedras e

atravancam, por decênios, os estudos da disciplina? Não e não. É bem o contrário o que vêdes. Apesar de serem os professôres catedráticos os responsáveis pelo ensino de tôdas as turmas em suas cadeiras, têm invariavelmente plena liberdade os docentes livres que os substituem.

Está nossa congregação a barrar sistematicamente o acesso à docência àqueles que não comungam nas idéias que nela prevalecem? Também não. Os concursos estão abertos a todos e a congregação não tem exercido seu direito de negar ingresso, por falta de idoneidade moral, aos candidatos independentes.

Acaso faltamos a nosso dever de constituir seminários, centros de debate e de pesquisas e clínicas judiciárias? Bem sabeis que não. Desde 1941, o *Instituto de Direito Social*, concebido e organizado por CESARINO JÚNIOR, vivifica o estudo dessa disciplina no seio da escola e projeta-se por todo o Brasil, através de congressos e conferências. O ensino prático de processo civil aqui se inaugurou em 1951 graças ao entusiasmo do Diretor BRAZ DE SOUSA ARRUDA e até hoje não se interrompeu. Os seminários de filosofia vêm sendo mantidos, do antigo curso de doutorado ao atual curso de especialização, pelo Prof. MIGUEL REALE, que também impele e orienta o *Instituto de Filosofia*. O *Instituto de Direito Processual Civil*, pelo entusiasmo e fulgor cultural de ALFREDO BUZAID, prossegue sua brilhante trajetória, sem dormir sôbre os louros de suas vitórias na *Semana de Direito Processual*, de Porto Alegre, no *Congresso Internacional de Direito Processual* e nas jornadas *Latinoamericanas de Direito Processual de São Paulo*. O *Instituto Tullio Ascarelli*, inspirado no nobre exemplo de amor à ciência daquele que lhe dá o nome, também prossegue, sob a direção dos comercialistas da casa ao lado do veterano mestre de todos, WALDEMAR FERREIRA. E dentro em breve vereis MOACYR AMARAL SANTOS, em comovedora e fraternal associação com os estudantes, a assumir a direção do *Departamento Jurídico* de vosso tradicional e glorioso centro acadêmico.

Podemos, pois, sem falsa modéstia, proclamar que a Faculdade não se estiolou no regime da cátedra vitalícia. Dir-nos-ão, talvez, que muito mais se conseguirá com a supressão da vitaliciedade. É possível que assim seja. Não é essa, porém, nossa opinião. Os homens de estudo e de gabinete, são, hoje, mais raros do que nunca. No momento em que os moços estudiosos são solicitados por tôdas as tentações da vida moderna, tirar-lhes o incentivo da cátedra vitalícia, obrigando-os a fugir das seduções da “dolce vita”, a enfrentar os sacrifícios e despesas dos livros e revistas, a renunciar ao enriquecimento rápido nos grandes lances dos negócios ou da advocacia, a permanecer surdos à convocação da política, é desestimular a carreira do ensino e da pesquisa, sem os quais a sociedade se há de ver perante a perspectiva sombria que, há alguns anos, lhe atribuíam um grande mestre: “a perda gradual do poder de encontrar soluções para os problemas criados pelo meio físico e pelas emergências da civilização material”, e, bem assim, do poder “de transmitir seu acêrvo cultural através da educação”.

4. A Faculdade teve seu nome, no passado, ligado a memoráveis campanhas. Dificilmente se poderia aquilatar precisamente seu quinhão em grandes realizações do civismo dos paulistas. Majestosa ou mofina, ninguém poderá negar à escola a participação substancial de sua pregação na abolição e na república; na instituição da verdade do voto; na reação organizada, em ampla escala em 1932, renovada em alguns aspectos importantes em 1945, contra a implantação do caudilhismo no Brasil.

Deveremos sopitar, no futuro, a tendência de nossos mestres e alunos para participar e intervir na solução dos grandes problemas nacionais? Confesso-vos que muito e muito tenho hesitado cada vez que êsse problema me ocorre. Cheguei mesmo — e vós bem o sabeis — a desaconselhar solenemente a atuação política da escola. Se me ouvistes em minha última oração de paraninfo, a minha turma de alunos que precedeu a vossa, lembrar-vos-eis de que os acon-

selhei a contentarem-se com as glórias de nosso passado. JOSÉ PINTO ANTUNES, sempre tão amigo e tão querido pelos alunos, ao receber um dos novos professôres, proclamou solenemente o contrário. Não deixarei de reconhecer que teve seu discurso o dom de me fazer voltar a considerar o assunto. Sem dúvida, é contristador o espetáculo do estudante cheio de idealismo e de fé, iludido por velhas raposas da demagogia, servir de instrumento para lutas em que ocupa as trincheiras de vanguarda, sem conhecer os tenebrosos planos do estado maior. Contudo, não será êsse o tributo pago por quantos se aventuram em qualquer espécie de iniciação política?

Se excluirmos dos jovens que demandam as faculdades de direito aquêles que aí nada mais buscam do que completar, com a posse de diploma de curso superior, sua educação, é quasi certo que encontraremos, a despertar as decididas vocações para os estudos jurídicos, não o desejo de ser advogado ou juiz, menos ainda o de ser jurista e escritor, mas certamente a ambição, tantas vêzes fementida, de uma carreira política. E haveremos de nos esquecer de que o currículo jurídico atormenta o espírito virgem do estudioso com problemas políticos? Como surpreendêrmo-nos com a inquietação política dos moços dos primeiros anos do curso, quando somos nós que lhes deparamos, de início, problemas como os da origem e fundamento do Estado e do poder público, os direitos e garantias do cidadão, a organização dos poderes do Estado, a supremacia das leis e tantos outros?

Se fordes reler os discursos de paraninfo e de alunos de há trinta anos, em todos encontrareis a política. Aqui a política partidária; ali a política regionalista; acolá a crítica e a defesa das formas de govêrno; sempre, porém, a política.

Agora também, vejo borbulhar no espírito de meus queridos paraninfados o germe da inquietação política. Sinto, como diretor, muito mais do que como professor os entrec choques das opiniões antagônicas. Pode o professor de uma disciplina técnica por excelência assistir enternecido o de-

bate franco e leal de seus alunos. Pode pairar acima das querelas partidárias e, até das profundas e irreduzíveis divergências políticas. Ao diretor da escola não é dado contemplar olímpicamente o espetáculo das lutas dos jovens. Solicitado a cada passo por tôdas as correntes, internas e externas, docentes e discentes, agindo sempre por intermédio do pessoal administrativo, influenciando alunos e por êstes influenciado, dificilmente conserva a posição, que não deve perder, de guia espiritual de seus alunos.

GIUSEPPE CAPOGRASSI, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Napoles, escreveu há cêrca de quinze anos, quando a Europa, mal cicatrizada das feridas de guerra, procurava ansiosamente novas fórmulas de acomodação, eloqüente artigo, em que aponta a lição, a seu ver de absoluta simplicidade, que emergia da guerra: “é preciso reintegrar na ordem jurídica a vida humana em todo o seu efetivo conteúdo, no pleno sistema de seus fins e interêsses vitais, em tôda a riqueza de sua liberdade, da vida econômica à suprema vida em Deus”. Leio e releio a lição de CAPOGRASSI e permaneço perplexo. Não quanto ao acêrto da fórmula, que não se contesta, e sim quanto à dificuldade senão impossibilidade de aplicá-la. Devemos, sem dúvida, cultivar a liberdade. Como, porém, ignorar que a liberdade tem seu preço? O preço da irrestrita liberdade é a absoluta anarquia, a negação do direito e do Estado. A solução política estará sempre no compromisso. Dado o preço da liberdade total, quanto de liberdade poderemos ter?

Presenciamos, nos dias de hoje, a um debate, a dividir os brasileiros que pensam, em dois grandes grupos. Aqui, no recesso de nossa escola querida, vemos projetar-se, mais nítida do que alhures, os reflexos dessa porfia. Um e outro, sedentos de igualdade social, acreditam possuir a verdade e a justiça.

O povo brasileiro é pobre porque o Brasil é um país sub-desenvolvido. O govêrno deve traçar os rumos e dar os meios necessários para que ultrapassemos as raias de nossas limitações. Esta é a opinião de todos. Poucos, no

entanto, e daí as lutas e divergências aparentemente irreduzíveis, equacionam o problema em seus verdadeiros termos.

A um brilhante economista nosso devemos a exata formulação da pendência: “o rápido desenvolvimento econômico dos países de economia coletivista tem sido acompanhada de formas de organização político-social em que se restringem, além dos limites do que consideramos tolerável, tôdas as formas de liberdade individual”. Por outro lado, acrescenta, “o preço da liberdade que fruimos é o retardamento do desenvolvimento econômico geral”.

Cabe a vós, jovens estudiosos, imbuídos do senso de justiça que as ciências jurídicas sabem dar, e que nossa escola procura difundir, ter sempre presentes essas proposições extremas, buscando soluções intermédias, em que o preço da liberdade não seja a morte, a miséria e a sub-nutrição de milhões de brasileiros, ou em que o preço do desenvolvimento não seja a eliminação de uma classe inteira e a escravização de algumas gerações da classe restante.

5. O panorama das profissões reservadas ou indicadas para os bacharéis em direito se apresenta hoje inteiramente transformado. Os defeitos de nosso aparelho judiciário, oriundos de dispositivos constitucionais rígidos e inadequados, modificaram completamente a advocacia como profissão liberal. A demora no julgamento das causas, antigo mal que, há séculos, vem sendo tema escolhido pelo sarcasmo dos observadores inteligentes, juristas e leigos, assume hoje, em São Paulo e no Rio de Janeiro, aspectos de calamidade pública. O jovem bacharel, que precisa viver e não pode esperar, refugia-se na advocacia de partido de grandes emprêsas ou na advocacia em prol da Fazenda Pública. As inovações fiscais, que são conseqüência inevitável da necessidade de aparelhar o Estado na luta pelo desenvolvimento, deslocam quase tôda a advocacia para os mandados de segurança, instituto genuinamente brasileiro, em que se revela, como em tantos outros campos, a singularidade

das soluções impostas pelas condições peculiares da vida brasileira e pelo ardor combativo de seus advogados.

A magistratura definha. O volume do serviço e a extensão da responsabilidade, ao lado da insuficiência de remuneração, desencorajam os jovens e os afastam das rigorosas provas de ingresso e seleção. Paralelamente, vemos florescer o Ministério Público. Ainda nesse ponto, entrevemos solução constitucional na fusão das duas carreiras em uma só, na qual eventualmente deveria também incluir-se a dos delegados de polícia.

6. Discorri, há pouco, rapidamente, sobre política. Falo-vos, agora, da magistratura. Uma e outra são atividades legítimas. São diversos, contudo, seus objetivos. O anseio pela justiça não é privilégio de nenhuma delas. A busca da justiça no exercício da magistratura só pode operar mediante a aplicação da lei. Renovo aos meus paraninfados de hoje a advertência de ontem: “Desconfiai sempre dos chamados juizes humanos, permanentemente propensos a julgar por equidade, a quem não têm faltado os louvores de falsos juristas. A lei, e não o juiz, é a suprema garantia dos direitos e liberdades individuais.”

Houve quem, espirito brilhante, humano e arguto, brindasse essas minhas pobres palavras com os qualificativos de “lamentáveis”, “errôneas” e “superadas”. Devo a êsse amável crítico a lição de que o texto da lei se desprende de seu autor e passa a viver vida própria e, ainda, a de que o juiz deve esquecer o momento em que a lei foi elaborada e colocá-la no meio social atual.

Não se veja nessa minha volta ao assunto a idéia de lançar daqui minha réplica, para a qual a solenidade evidentemente não é propícia. Bem longe estaria eu de merecer a consideração, o respeito e o acatamento que, mercê de Deus, venho tendo de meus pares, de meus alunos e de tantos magistrados, se, por um instante que fôsse, ignorasse ou contestasse a possibilidade da interpretação evolutiva, imprescindível para a perfeita aplicação da lei.

O que, porém, juizes, advogados, professôres e escritores, que porventura vierdes a ser, nunca deveis esquecer é que a lei é expressão escrita do pensamento e da vontade de alguém. Estado, legislador, povo, classe dominante, pouco importa. O texto da lei é um conjunto de proposições com sentido determinado, em que cada palavra tem sua significação própria. Servir-se, para dirimir uma controvérsia, de um texto, atribuindo a suas palavras sentido diverso do que tinham quando foram escritas, é processo de interpretação tão legítimo quanto o de invocar a *Bíblia*, a *Divina Comédia*, consultar os astros, ou tirar a sorte com os dados. Por isso repito: “Se fordes magistrados, não vos deixeis dominar pela tentação de fazer justiça a qualquer preço, sem a lei ou contra a lei”. O juiz é, pois, mais do que qualquer outro profissional do direito, escravo e sacerdote da lei. Despersonaliza-se em benefício da segurança dos direitos e liberdades individuais. Renuncia a suas convicções para se tornar o oráculo da vontade geral.

7. Pouco animadoras, pensareis talvez, são as perspectivas das carreiras tradicionais reservadas aos cultores da lei. Surge, porém, ao lado delas, nova carreira, cheia de possibilidades, que é o magistério superior. Os alunos aplicados, que quiserem prosseguir em seus estudos, terão, em nossa escola, nas escolas de outros estados e nas escolas particulares, amplo campo para satisfazerem suas tendências e vocações de professor.

O avanço da ciência e da técnica foi tão grande neste século e especialmente nestes últimos anos que, agora, exercida vossa escolha e impossibilitados de convolar a novos rumos, vireis, quem sabe, a sentir, desencantados, a inanidade de nossos estudos jurídicos.

Lembrai-vos sempre, porém, de que só a ignorância e a presunção supõem possuir o privilégio do saber e da dignidade, esquecidas de que todo progresso social se faz no sentido da divisão e especificação de funções.

Se não vos sentirdes atraídos por nenhuma das profissões reservadas aos juristas, tende sempre em vosso espírito que, no funcionalismo, no comércio, na indústria, no jornalismo e nas letras, na política e na administração, tereis, jovens bacharéis em direito, situação de preeminência. Porque, melhor do que ninguém, estais capacitados a compreender a posição de cada um na sociedade e no Estado, a conciliar as exigências da liberdade individual com as do bem comum, a conhecer os justos limites da ação do Estado e a combater, sempre que necessário, os excessos da demagogia e os abusos do poder e da tirania.

Esta é a lição imperecível que, de geração em geração, vem nossa escola, por seus mestres e alunos, difundindo a São Paulo e ao Brasil.

Sebastião Soares de Faria*.

J. J. Cardozo de Mello Neto

Professor emérito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

O Conselho Universitário e a Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, pela mesma palavra (o que evidencia a identidade de seus sentimentos) despede-se do professor SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, que a terra paulista vai receber em seu seio, para o descanso eterno.

E como somos professôres todos — aquêlê que se vai, e os que ficam — queremos apontar aos moços, para exemplo e incentivo, a vida do Mestre que começa a existir sômente dentro de nossa saudade.

Senhor de uma sólida cultura, tanto humanística, como jurídico-social, a qual sua modéstia não lograva esconder; advogado, com as qualidades essenciais da nobre profissão, isto é — combatividade, perspicácia e honestidade; professor de Direito, profundo e claro, tudo isso que raros têm enfeixado, não constituiu a marca de sua personalidade dentro das Arcadas.

O que SOARES DE FARIA jamais quis esquecer foi o estudante, pobre de recursos e desprotegido de amizades, que custou a vencer na vida, que sofreu injustiças e as viu praticadas sem poder remediá-las.

O que SOARES DE FARIA quis, e conseguiu, foi ser o amigo, o conselheiro, o defensor, o advogado enfim, no puro sentido da investidura, dos moços e dentre êles, dos estudantes do Largo de São Francisco.

* Discurso pronunciado em homenagem ao prof. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, na “sala do estudante”, em 9 de outubro de 1952.

Era como tal que nós, seus colegas, o acostumamos a ver e sentir nos momentos decisivos da Faculdade.

Sua justiça diluía-se numa eqüidade, que não era apenas humana, mas a flor mais preciosa da bondade.

Assim viveu a vida, como a idealizou: sem descanso, porque a passou dentro da Academia, até a véspera de morrer.

Professor SOARES DE FARIA:

A Universidade de São Paulo curva-se respeitosa, pela derradeira vez, diante de um emérito professor.

A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo incorpora-vos, em espírito, ao quadro excepcional de seus Professôres Eméritos.

Lafayette Rodrigues Pereira*.

Ernesto Leme

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

Meus Senhores.

Das várias facetas sob as quais se pode estudar a personalidade de Lafayette Rodrigues Pereira nenhuma sobreleva, sem dúvida, a sua condição de mestre de direito. O seu permanente magistério deriva de seus livros, não de uma cátedra universitária, que jamais ocupou. Antes, quando convidado certa vez para assumir a cadeira de direito civil na Faculdade do Rio de Janeiro excusou-se, alegando falta de tempo. E a Francisco Cesário Alvim, então estudante, que relata o episódio, argumentava: “Cujácio, e era Cujácio, estudava quatorze horas de um dia para dar uma lição no dia seguinte” . (*Apud* RODRIGO OCTAVIO, *Minhas Memórias dos Outros*, Última Série, p. 81).

Mas, ao lado do juriconsulto exímio e do tratadista insuperável, juntavam-se nessa complexa figura os atributos mais diversos, que lhe valeram os mais consagradores triunfos em outras atividades: parlamentar, estadista, diplomata, homem de letras, deixou um estendal de luzes em sua trajetória, mercê dos esplendores de sua inteligência, de sua cultura, de sua dignidade exemplar.

Nascido na província de Minas Gerais, município de Queluz, que hoje tem o seu nome, aos 28 de março de 1834, era seu pai o coronel Antônio Rodrigues Pereira, depois

* Conferência proferida no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, a 30 de novembro de 1960.

Barão de Pouso Alegre, de quem Francisco de Paula Ferreira de Rezende nos informa que “era um velhinho magro e têso, e tinha sempre a cabeça tão erguida, que incomodava extremamente a quem com êle falava. Era, entretanto, tão forte que, apesar da sua idade, saía da sua fazenda dos Macacos, que fica ao pé da estação de Buarque de Macedo, e chegava no mesmo dia a Ouro Preto”, (*Minhas Recordações*, p. 341).

Havendo estudado preparatórios no Colégio de Congonhas do Campo e aprimorado seus estudos de latim com o tio, padre Felisberto Rodrigues, encaminhou-se para São Paulo, onde viria cursar as aulas da Academia de Direito¹ “Nasceu jurista”, vaticinava o pai, mas, nunca poderia supor que aquêlê jovem de dezenove anos, que se acolhia à sombra

1. Encontra-se no Arquivo da Faculdade de Direito, na pasta n.º 1908, de 1853, referente a Lafayette Rodrigues Pereira, a seguinte certidão:

“Domiciano Teixeira Campos, Presbitero Secular do Habito de S. Pedro, e Vigario Encomendado da Freguezia da Villa de Queluz.

“CERTIFICO que no L. 10 de Baptisados desta Freguezia a fls. 20 vs. consta o ascento do theor seguinte. — Aos tres de Outubro de mil oito centos e trinta e quatro, na Capella de Santo Amaro o Padre Manoel Vieira da Cruz baptisou e pos os Santos Oleos a Lafayette parvulo filho legitimo do Capm. Antonio Rodrigues Pereira, e Dona Clara Ferreira de Azevedo sendo Padrinhos o Reverendo Vigario Francisco Pereira de Assis, e Dona Luiza Rodrigues de Jesus. O Vigro. Candido Taddeu Pereira Brandão. Nada mais continha o referido escrito q. fielmente copiei. Por ser verdade o affirmo in fide Parochi. Villa de Queluz 7 de Janeiro de 1852. O Vigro. Domiciano Teixeira Campos”.

Os documentos contidos nesse *dossier* estão chamuscados pelo fogo, em virtude do incêndio de 1880. E entre êles se encontra certidão de haver Lafayette Rodrigues Pereira sido aprovado plenamente nos preparatórios de Latim, Francês, Inglês, Retórica, História e Filosofia e simplesmente em Geometria. Requereu matrícula no 1.º ano, sob n.º 45, a 7 de março de 1853; no 2.º ano, a 10 de março de 1854; no 3.º ano, não consta; no 4.º ano, não consta, (tendo sido aprovado plenamente nas matérias do 3.º ano); requereu matrícula no 5.º ano, a 2 de março de 1857. Colou grau de bacharel a 20 de novembro de 1857, sendo presidente do ato o doutor Joaquim Ignacio Ramalho.

das arcadas do Curso Jurídico viesse a se converter um dia no mais autorizado mestre de direito civil em nossa terra.

O juízo não é somente meu; é também de Pedro Lessa. Recebendo a Alfredo Pujol na Academia Brasileira, na cadeira ocupada por Lafayette, em sucessão a Machado de Assis, proclamava o eminente magistrado e jurisconsulto a primazia daquele sobre o próprio Teixeira de Freitas. “Contemplai-o por um momento de crítica, feita em meia dúzia de períodos irretorquíveis, como axiomas matemáticos, à classificação dos direitos, longa e penosamente engendrada por Teixeira de Freitas. O exato conhecimento da função lógica das classificações, tanto nas ciências sociais, como nas inferiores, facultou-lhe o reduzir o famoso trabalho, tão preconizado, do grande consolidador das nossas leis civis, à mais perfeita e evidente inutilidade”.

Não teve Lafayette o “ensejo de revelar o seu espírito criador; pois, não se lhe outorgou a incumbência, que mereceu mais do que ninguém, de elaborar o nosso *Código Civil*”. Por isso, acentua Pedro Lessa, “a sua missão foi a de elucidar, metodizar e expor sistematicamente os dogmas do nosso direito. Aí se revelou com o mais intenso brilho a sua argúcia no interpretar as leis, o seu método no explaná-las sistematicamente, a sua clareza inigualável em ambas essas operações lógicas, a concisão e a elegância do seu estilo exemplar”.

O seu devotamento aos estudos do direito já se fazia notar desde os bancos acadêmicos. Guarda o arquivo da Faculdade cópia do officio dirigido ao Ministro do Império pelo diretor, Manuel Joaquim do Amaral Gurgel, a 7 de dezembro de 1855 e no qual destacava, como os melhores alunos do terceiro ano, Lafayette Rodrigues Pereira e João Batista Pereira, que presidiu a província de São Paulo em 1878 e foi o autor do *Código Penal* de 1890. A *Revista da Faculdade de Direito*, (vol. xxxiv, fascículo 2.º, p. 25/39), publica a dissertação apresentada por Lafayette, então estudante do quinto ano, sobre *Prática e Teoria do Processo*, abordando êstes temas: *Quais os juizes, que pelo direito*

moderno, têm jurisdição prorrogável? O juiz de órfãos tem jurisdição prorrogável?

A leitura dêsse trabalho, datado de 28 de julho de 1857, dá-nos a marca, já a êsse tempo, do espírito lógico de Lafayette, do seu zêlo pela linguagem, do seu cuidado na indicação das fontes. Nele se evidencia o futuro mestre dos *Direitos de Família*, publicados em 1869, a que se deveria seguir, em 1877, o *Direito das Cousas*, obras insuperáveis e insuperadas, a que os juristas diàriamente recorrem, para beber lição de doutrina e de vernaculidade. E um dia, quando Martinho Campos perguntava, ao Ministro da Justiça, como subira tão depressa aos Conselhos da Coroa, Lafayette poderia responder, orgulhosamente: “Subi montado em dois livrinhos de direito”...

Ao orgulho de Lafayette há de se fazer referência como atributo da própria herança paterna, a cuja vaidade Ferreira de Rezende alude com certa acrimônia em seu livro de memórias. E assim depõe a propósito do pai a escritora Albertina Berta: “Êle muito confiava em si, não buscava a opinião de outrem para ratificar o seu julgamento. Considerava-se o seu censor mais severo, o mais inexorável, sempre atento a corrigir, a emendar, numa caligrafia miúda, os manuscritos que ainda se encontravam em seu poder”. (*Apud* RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, p. 89).

Ao dar a lume, aos 35 anos de idade, os *Direitos de Família*, tinha Lafayette o espírito amadurecido no trato da jurisprudência. A sua independência científica se revela desde as primeiras linhas da Introdução. Adota a classificação do direito civil de que foram iniciadores Heise e Thibaut, não porque lhe parecesse a mais perfeita, “senão como das inventadas a melhor e a mais acomodada para uma distribuição regular das diversas instituições”. Critica a orientação de Leibnitz, fundando sua classificação nas *causas* geradoras dos direitos: natureza, convenção, posse, sucessão, delito. Porque, “além de assentar em uma enumeração inexata, é falso o sistema porque a diferença de *causas* não determina a diferença de *direitos*”. Aborda,

logo após, a classificação preconizada por Teixeira de Freitas, “o sábio e eminente juriconsulto, que como a mestre estamos habituados a respeitar, todos que nos damos a esta ordem de estudos”, combatendo a sua classificação baseada na diferença entre *direitos pessoais e reais*.

Acentua após, no campo do Direito Civil Pátrio, o alto papel desempenhado pela doutrina na elaboração científica. “Tendo por órgãos professôres e escritores, ela gira em uma esfera mais elevada do que a jurisprudência prática; obedece à inspiração de uma ordem superior; caminha iluminada pelas luzes da filosofia; — os tribunais esforçam-se por chamar o Direito às necessidades da vida; a ciência lida por aproximá-la do seu ideal”.

No Prefácio do *Direito das Cousas*, assim delimita Lafayette o campo que vai lavrar: “Tomado nos seus lineamentos fundamentais, o Direito das Cousas se resume nisto: em definir o poder do homem, no aspecto jurídico, sôbre a natureza física, nas suas variadas manifestações; e em regular a aquisição (por título singular), o exercício, a conservação, a reivindicação e a perda daquele poder, à luz dos princípios consagrados nas leis positivas”. E conclui: “De escritores nacionais e estrangeiros extraímos com a maior liberdade tudo que fazia ao nosso intento. Nesta praxe não fizemos senão imitar os exemplos dos nossos predecessores. Um dêles disse francamente: “Je prends mon bien où je le trouve”. E outro justificava aquela usança com êste pensamento de Fontenelle: “Ce n’est qu’en montant sur les épaules des autres que nous pouvons voir d’un peu loin”.

Meu primeiro contacto com êsse livro foi em 1917, quando cursava o terceiro ano de direito. Constituiu, desde então, meu livro de cabeceira, para o estudo dos problemas dessa parte do direito civil. Porque nada conheço em nossa literatura jurídica que se lhe equipare. Daí o louvável empenho do embaixador José Bonifácio de Andrada e Silva de o reeditar, em 1922, adaptando-o ao Código Civil, como já o havia feito em 1918, quanto aos *Direitos de Família*.

Publicou ainda Lafayette, em 1902, os dois volumes dos *Princípios de Direito Internacional*. Depois disso, dêle apenas tivemos, em matéria jurídica, o *Projeto do Código de Direito Internacional Privado*, editado pela Imprensa Nacional, em 1911, e os dois volumes de *Pareceres*, publicados após a sua morte pela Livraria Editora Cândido de Oliveira, em 1921.

Revela Rodrigo Octavio, (*op. cit.*, p. 88), um aspecto ignorado da atividade intelectual de Lafayette: o seu culto à poesia. Chegou mesmo a confiar a seu dileto amigo Max Fleuiss uma composição em versos heróicos, tradução de Catulo, ou de Lucrécio, autorizando sua publicação. Mas, quando recebeu as provas, para rever, não as devolveu, reclamando, ainda, a devolução do original. .

Ficamos a imaginar, por essa amostra, o que Lafayette não teria realizado no domínio da arte. Com sua imensa cultura clássica e o trato freqüente dos poetas gregos e latinos, devem existir em seu arquivo, guardadas zelosamente pela família, ótimas demonstrações de seu engenho poético. Já o velho Antônio Ferreira proclamava que “não fazem mal as Musas aos doutores”. Ao renome do sábio Lafayette há de um dia acrescentar-se êsse florão, como, com as luminosas páginas de *Vindiciæ*, se evidenciou a capacidade de um crítico literário até então desconhecido.

Havia Silvio Romero escrito um alentado volume sôbre Machado de Assis. A pretexto de estudar a sua obra poética, exaltava a produção de Tobias Barreto, em cotejo desfavorável para o mestre das *Memórias Póstumas de Brás Cubas*. Foi quando surgiu na liça um gladiador anônimo, fazendo um inventário demorado das opiniões de Silvio, cujos erros de apreciação punha em destaque.

A espada do combatente possuía acerado gume. Penetrou duramente na carne do adversário, cuja irritação está patente nas palavras da *Nota ao prefácio da 2.^a edição dos Estudos Jurídicos* de Tobias: “Bem se vê que não conto nesse número o miserável e torpe covarde que escreveu contra mim umas infames e imundas sandices últimamente

no *Jornal do Comércio* com o pseudônimo de Labieno e que disse que Tobias não passava de um exquisitão de algum talento”. . Ao que o autor desses artigos, que não era outro senão Lafayette, respondeu com estas palavras contundentes, insertas em nota nas primeiras páginas de *Vindiciæ*, publicação de Jacinto Ribeiro dos Santos, em 1899: “Quem a uma discussão séria, em linguagem decente, com uma ou outra vivacidade que nem de leve roçou pelo caráter e dignidade pessoal, responde com o insulto soez e banal, à competência com o almocreve e com o arrieiro, certo que se confessa de plano, batido, vencido. Esbraveje, ranja os dentes o Sr. Romero; Labieno não perderá a calma e se manterá no seu modesto papel. Sempre que pelas imediações lhe passarem umas certas figuras, murmurará brandamente como as canas da fábula: *Midas, asini habet aurículas*” . . .

A segunda parte do volume é consagrada a uma impiedosa crítica dos *Ensaio de Filosofia do Direito*, publicados por Sílvio Romero em 1895. Na primeira parte, que no momento nos interessa, faz Lafayette a defesa de Machado de Assis. “O Sr. Machado de Assis”, escreve, “é poeta, tem fora de tóda a dúvida a alma de poeta. Sabe sentir, tem fantasia, ideais delicados, sonhos de amor de admirável pureza, crêa *pequenos nada*s e veste-os de formas impecáveis, burila admiravelmente fragmentos de bronze, pinta quadros, combina hábilmente luz e sombras, traça *silhouettes* caprichosas e exala em formosas endeixas a dor, a saudade. E tudo isto em uma língua correta, limpa, pura, expressiva e em versos de medidas variadas, bem feitos e sempre adaptados ao assunto”.

Com apuro de forma e gôsto literário de um apaixonado do belo, assim se exprime Lafayette a respeito do preconceito das escolas: “Esta questão de classificar em escola clássica, escola romântica, escola realista, é um tema sedição, um lugar comum com que se entretêm os espíritos estéreis, amigos de fórmulas vãs, e incapazes de análises penetrantes e profundas dos fatos literários. As obras de

imaginação, a poesia, o drama, o romance, reproduzem idealizado o que enche a alma humana e faz a trama da vida e da sociedade em cada ciclo do tempo. Todo êste mundo de afetos, de paixões, de idéias, de interêsses muda, transforma-se de períodos em períodos, uns mais longos, outros mais curtos. Não é só o fundo, a substância que muda; mudam também a expressão, as formas, o teor. Cada um dêsses períodos tem, pois, a sua literatura”...

Sôbre a poesia popular: “Certamente a poesia popular é um dos mais belos e fecundos produtos do espírito humano. Ela é por assim dizer a manifestação larga, espontânea, e, portanto, imparcial, da índole e gênio de um povo, das suas tendências, dos seus ideais, das suas crenças, da sua estética e da sua filosofia, mas é um gênero e não tôda a poesia. Nem ela vence, nem suprime, nem diminui a poesia individual, a poesia culta e profunda, a que reproduz em formas aperfeiçoadas e em metros polidos as grandes idéias, os grandes quadros, as alegrias e as tristezas, as lutas, os conflitos, os mistérios da vida humana”.

E não precisamos prosseguir. Êsse volume, de 253 páginas, seria suficiente para fazer a glória de um escritor. Constitui, no dizer de Alfredo Pujol, “uma essência concentrada de finíssima ironia e de sarcasmo corrosivo, de envolta com uma secreta e maravilhosa intuição da crítica, em períodos vivazes, nervosos, cortantes, vertidos numa locução aprimorada e castiça”.

Presidente do Ensaio Filosófico Paulistano, em seu quarto ano de direito, colaborou assiduamente na *Revista Mensal* dessa associação acadêmica. Em sua colação de grau, aos 20 de novembro de 1857, havendo o presidente do ato, doutor Joaquim Ignacio Ramalho, negado a palavra ao orador da turma, José Ignacio Gomes Guimarães, é o primeiro signatário de um protesto, publicado no *Correio Paulistano* do dia 25, mercê do qual é envolvido num processo disciplinar, que não teve seguimento.

Nomeado promotor público de Ouro Preto, logo após a formatura, transferiu-se definitivamente para o Rio de

Janeiro em 1858, iniciando-se na advocacia ao lado de Teixeira de Freitas e, posteriormente, em companhia de Andrade Figueira.

Volta, então, às lides jornalísticas, fundando com Pedro Luís e Flávio Farnese, a *Atualidade*, órgão político e literário, em que colaborou Bernardo Guimarães. Encontrámo-lo, mais tarde, em *Le Brésil*, no *Diário do Povo* e em *A República*.

Rompe-se, com o 14.º Gabinete, presidido pelo Visconde de Abaeté, a conciliação entre liberais e conservadores. Falando na Câmara dos Deputados, a 24 de maio de 1859, assim se expressa o presidente do Conselho: “Não sendo, pois, a conciliação um sistema de política, eu entendo que o Gabinete não deveria considerá-la como tal; e é por êste motivo que o discurso da Coroa não empregou esta palavra, e a substituiu por estas — justiça e moderação”. Mas, logo a 10 de agôsto caía o Gabinete, assumindo a chefia do governo e o Ministério da Fazenda Angelo Muniz da Silva Ferraz, Barão de Uruguaiana.

Recebe Lafayette, em 1864, do Conselheiro Zacarias, a incumbência de presidir a Província do Ceará. No ano seguinte, passa a presidir a Província do Maranhão, cuja administração deixa a 10 de julho de 1866. Retornando à Côrte, consagra-se às atividades do fôro e ao culto das letras jurídicas, publicando os *Direitos de Família* em 1869.

Militando, embora, nas fileiras do Partido Liberal, subcreve Lafayette o Manifesto Republicano de 3 de dezembro de 1870. Por isso, causa verdadeiro impacto emocional nas hostes republicanas, quando se divulga a composição do Gabinete de 5 de janeiro de 1878, presidido por Sinimbú, a presença de Lafayette na pasta da Justiça. No mesmo ano é eleito deputado pela província de Minas Gerais.

Campos Salles alude ao episódio em seu livro *Da Propaganda à Presidência*, p. 16: “A entrada do Sr. Lafayette Rodrigues Pereira para a pasta da Justiça tinha por fim, segundo o pensamento atribuído ao Sr. Sinimbú, organizador do Gabinete, “desfalcar os republicanos de tão valioso

elemento”. E não se havia de todo enganado o nobre presidente do Conselho. O surpreendente acontecimento impressionou de alguma sorte o espírito público, chegando-se a sentir, sobretudo em determinadas regiões do país, um movimento de adesão, que levou o alarma ao campo dos propagandistas. Em São Paulo, os chefes republicanos julgaram necessário intervir sem perda de tempo para dar aos correligionários a palavra de ordem e definir a verdadeira orientação ante as complicações que a nova fase da política imperial pudesse acarretar”. Nesse sentido se manifestava a 11 de janeiro, pelas colunas de *A Província de São Paulo*, Francisco Rangel Pestana e, pela *Gazeta de Campinas*, Manuel Ferraz de Campos Salles. O Congresso Republicano, reunido no mês de março, assim se dirigia “Aos republicanos da Província de São Paulo”: “Pensamos que os distintos cavalheiros que figuram à frente da nova situação, e que os seus precedentes mesmo, não podem ter, para nós democratas, o alto valor dos princípios, que constituem o nosso corpo de doutrina, a bandeira sob cujas dobras procuramos arregimentar os brasileiros para a conquista do govêrno do povo pelo povo e realização da República Federativa do Brasil. A situação que ainda agora se abre às esperanças liberais traz o vício originário de tôdas as outras: é pura criação da vontade imperial” .

Eram injustos neste ponto os republicanos de São Paulo. A escolha de um chefe liberal para realizar a experiência democrática da eleição direta era emanção do espírito de justiça que animava D. Pedro II. “Os conservadores aceitavam a eleição direta; contanto que a fizessem. Dependia do imperador mantê-los no poder, com êste compromisso, ou chamar os liberais, que o exigiam, como donos da idéia”, (PEDRO CALMON, *História do Brasil*, edição da Livraria José Olympio, V, 1786). E o alto critério do monarca se revela neste tópico de sua carta a Caxias: “Portanto, ambos os partidos a desejam, e eu não tenho senão que achá-la oportuna, entendendo que deve ser o partido liberal, que

primeiro e constantemente tem pugnado por ela, que a faça”.

Isso mesmo Sinimbú anunciou à Câmara, no programa de seu Gabinete: “Sua Majestade, tendo reconhecido a oportunidade de se fazer a reforma eleitoral direta, informado da opinião do país, que não vê hoje nisto uma questão de partido, mas de interesse geral, e depois de ouvidos os presidentes do Senado e da Câmara dos Deputados, entendeu, e no meu parecer mui logicamente, que devia caber a realização desta reforma ao partido que primeiro a reclamou, e sempre sustentou como ponto principal de seu programa”.

Lafayette não tinha o tabú das formas de governo. Aceitou a pasta da Justiça para promover a campanha parlamentar da eleição direta; como Ruy Barbosa aderiu à República nas vésperas do 15 de novembro, para obter, com ela, a almejada federalização das Províncias.

A demonstração dessa atitude de Lafayette vamos colhê-la em seu discurso de 31 de janeiro de 1879: “Os aparelhos constitucionais de que os povos se servem são, diante da alta teoria, inteiramente indiferentes, desde que êles são combinados de modo a produzir o governo da Nação pela Nação. É à luz destes princípios que a política e a história julgam dos homens, e é à luz destes princípios que o meu procedimento há de ser julgado”.

E mais adiante: “Quando, senhores, o distinto estadista a quem a Coroa confiou a árdua e gloriosa missão de iniciar a nova ordem de coisas, quando êsse distinto estadista, a quem mesmo as paixões do dia não podem negar um grande vigor de caráter, fêz-me a honra de convidar para tomar parte no seu ministério, eu recusei formalmente o convite. Repugnava, antes de tudo, à minha índole, ser Ministro de Estado; eu preferia viver na sombra, entregue aos estudos de minha predileção a ter uma parte ativa na política do meu país; mas, quando êsse distinto estadista me declarou que a situação nascia para a eleição direta, que a eleição direta não só seria o pensamento capital do ministério,

como era ainda a razão que determinava a existência do ministério, foram-se-me as hesitações e eu aceitei um lugar no ministério, na convicção de que não me negava a mim mesmo, mas ia pôr-me ao serviço de uma idéia, cuja realização importaria restituir à Nação o govêrno de si mesma”.

Como era natural, teve Lafayette de suportar duros embates no Parlamento. Diogo Velho o acusava de trazer o barrete frígio no bôlso da casaca de ministro. Dias antes, aliás, respondendo a objurgatória do mesmo senador, limitou-se Lafayette a apelar para o latim no verso de Aulo Pérsio: “*Pueri, sacer est locus, extra*”... E a Martinho Campos dirigiu como única resposta êste cumprimento: “Pelo que me diz respeito, vendo o nobre deputado no comando desta campanha, eu me tranqüilizo, porque há trinta anos sua excelência comanda batalhas políticas e as tem perdido tôdas”

Na eleição que se procedeu em Minas, em 1879, para provimento de uma vaga no Senado, formada a lista tríplice, de acôrdo com a Constituição, com os nomes de Lima Duarte, Martinho Campos e Lafayette, foi êste escolhido pelo imperador. “Ser senador do Império”, escrevia o Visconde de Taunay, (*Memórias*, p. 427), “constituía o supremo anelo dos homens do antigo regime. E com razão porquanto a vitaliciedade daquela culminante posição oferecia a máxima garantia a todos os azares e vaivéns da existência política, de que era o coroamento e a última recompensa. A navegar por mares revoltos, inçados de surpresas e perigos, sujeitos ao embate e à repentinidade dos vendavais, quem podia, com efeito, deixar de ambicionar, cheio de esperançosa impaciência, o pôrto livre de tempestades, calmo e sereno, abrigado de todos os contratempos pela natureza e pelos cuidados da providência humana?”.

Para Lafayette, contudo, não seria o Senado a culminância política. Com a queda de Paranaguá, aos 24 de maio de 1883, foi chamado para constituir o 31º Gabinete da Monarquia. E, dando preeminência sôbre tôdas à questão

financeira, em seu govêrno, reservou para si a pasta da Fazenda².

A Proposta de Orçamento e o Relatório por êle apresentados à Assemblêia Geral Legislativa, aos 6 de maio de 1884, são a prova inequívoca de seu conhecimento profundo da matéria e o seu alto descortino a respeito dos negócios do Estado.

Escreveu Lafayette: “Temos, é certo, nas finanças do Império dificuldades, podemos mesmo dizer, dificuldades graves. Mas o estudo refletido, calmo e imparcial, dos documentos oficiais, revestidos de perfeita imparcialidade, firmará a convicção de que essas dificuldades exprimem apenas desordem e perturbação acidentais, e que, para superá-las, nos sobram recursos”, (*Ministério da Fazenda — Proposta e Relatório apresentados à Assemblêia Geral Legislativa pelo Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda, Lafayette Rodrigues Pereira, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1884, p. 4*).

E, como se escrevesse para os dias de hoje, acentua Lafayette: “A tendência, motivada pela extrema confiança, de alargar o círculo dos melhoramentos materiais, por certo muito aquém das exigências da nossa civilização, mas sem dúvida além do que comportavam as nossas circunstâncias financeiras, e a facilidade em aumentar serviços, que não tinham o cunho de indispensáveis e inadiáveis, criaram-nos o regime dos *deficits*, e conservaram-nos a êle presos. É êste o ponto capital das nossas finanças, e, como tal, importa que seja estudado com máximo zêlo, e com sentimento da

2. Novamente a falta de coerência política de Lafayette Rodrigues Pereira foi objeto de exploração, por parte dos adversários. “Não há parvajola por aí que se não divirta com o republicanismo do Sr. Lafayette”, dizia Ruy Barbosa. E, com o pseudônimo de Salisbury, publicou no *Jornal do Comércio*, em defesa do presidente do Conselho, uma série de artigos intitulados *Féria Política*. Êsses artigos causaram sensação e foram posteriormente reunidos em volume sob o título: *Traços para a história da opposição em 1883 — Féria Política — Artigos de Salisbury*.” Rio, Tipografia Nacional, 1884. (Conf. Luiz Viana Filho, *A Vida de Ruy Barbosa*, edição do Centenário, p. 138).

mais perfeita imparcialidade. Antes de tudo, para que a questão dos *deficits* seja bem compreendida na sua natureza e efeitos, cumpre assinalar que, a exemplo da França e de outros povos, temos, paralelo ao orçamento ordinário da despesa, um orçamento extraordinário, igualmente de despesa, isto é, os créditos da tabela C”, (p. 11). E mais adiante: “Se a renda continuar a cobrir a despesa ordinária, como aconteceu nos últimos exercícios do decênio, e como, por sólidas razões, é de esperar, teremos que o *deficit* em cada futuro exercício será determinado tão somente pelas despesas dos créditos da tabela C, isto é, pelas despesas do orçamento extraordinário”, (p. 22).

Digno de ponderação é o capítulo consagrado ao *Meio Circulante*, em que relembra não representar o papel moeda, propriamente dito, “o equivalente do valor, nele inscrito, nem tão pouco representa esse valor, porque é inconvertível: o seu valor só tem por fundamento “a disposição da lei, que lhe confere a força liberatória, e o consentimento dos que o aceitam como instrumento de aquisição”, (p. 59).

E para os que se olvidam destes princípios: “De ordinário os governos, por motivos que são óbvios, emitem papel moeda em quantidade, muito superior às necessidades da circulação, abuso que, como facilmente se compreende, procede de não ter o papel moeda em si o valor, que a lei lhe atribui. É sobretudo neste abuso que está o maior perigo do papel moeda.

“Como todo instrumento, que é destinado a satisfazer necessidades sociais, o papel moeda está sujeito à lei da depreciação. O seu valor decresce na proporção em que êle excede à quantidade dos meios de permuta, de que há mister a circulação. E desde que êle se deprecia, aí surgem todos os males e perturbações, inerentes à depreciação da moeda”.

Voltemos, contudo, ao orador parlamentar. Lafayette teve muitas oportunidades de pôr em destaque de novo a força de sua erudição, a sua ironia, a sua mordacidade, na filigrana de uma palavra sempre oportuna. Dizia êle:

“Confesso que nas minhas palavras podia haver alguma malignidade; mas foram ditas de modo cortês”...

Vendo-o na tribuna, assim a êle se refere Afonso Celso Junior: “Estrábico, de óculos, cabeça poderosa, feições acentuadas, Lafayette força as atenções de quem o encara, dando idéia imediata de uma personalidade fora do vulgar”. E um conservador, Gomes de Castro, declarava que não poderia deixar de se inclinar diante do presidente do Conselho, porque poucos poderiam reunir como êle talento tão esplêndido e erudição tão vasta.

De seus contactos políticos fora do Parlamento há sem dúvida muito que falar. Um episódio apenas, que me foi referido por Max Fleiuss, meu saudosíssimo amigo, basta para positivá-lo.

Certa vez foi Lafayette procurado por um deputado do Norte, que lhe enviou seu cartão de visita pelo contínuo a fim de se anunciar. O presidente do Conselho recebeu-o. E quando o parlamentar se retirava, Lafayette devolveu-lhe o cartão. Ante a recusa de seu interlocutor, que alegava possuir mais cartões, podendo, pois, Lafayette guardar o que lhe era oferecido, êste redarguiu: “Insisto para que aceite de volta o seu cartão; pode ser-lhe de grande utilidade” . Encabulado, o visitante recebeu-o. Mas, quando foi examiná-lo, fora do gabinete do presidente, corou de vergonha: no verso do cartão havia umas anotações comprometedoras...

De uma feita, na Câmara, um deputado do Ceará indagou quando e como pretendia o govêrno levar a efeito suas anunciadas reformas sôbre o elemento servil. Com a maior seriedade e candura Lafayette assim lhe respondeu: “Nesta sessão e dentro de poucos dias, por meio de um projeto que será submetido à Câmara”. E acrescentou: “Não há outro meio de realizar reformas, que dependam de lei, senão por um projeto submetido ao Poder Legislativo”...

Incidente curioso foi o relativo à demissão do ministro da Guerra, Conselheiro Rodrigues Junior. Lafayette dirigiu-

lhe uma carta, considerando que “seria um ato acertado a sua retirada do ministério”. A missiva estava redigida em termos duros, mas polidos.

O assunto repercutiu no Parlamento. Rodrigues Junior pediu ao presidente do Conselho que declinasse um fato, um êrro que houvesse cometido; ao que retorquiu Lafayette: “A incapacidade não se prova com fatos”.

Ante a insistência do antigo ministro, desferiu-lhe o adversário êste golpe mortal: “Não quero, nem devo responder ao discurso do honrado deputado, ex-ministro da Guerra. Já manifestei o meu pensamento a seu respeito. Entendi, era juízo meu, que s. exa. não tinha a aptidão necessária para gerir os negócios da guerra. É juízo meu e devo governar-me pela minha cabeça. Diante dêste juízo, convidei o nobre deputado a retirar-se do ministério. O nobre deputado é homem de espírito cheio de vacilações e de hesitações. Muitas vêzes, diante de suas hesitações, convenci-me de que era realidade e não coisa imaginária a hipótese de Buridan”...

Ao realizar-se, a 3 de junho de 1884, a eleição do presidente da Câmara, o candidato da opposição foi o mesmo deputado Rodrigues Junior. Foi eleito o candidato governista, Moreira de Barros, pela diferença de dois votos. E, na corrente oposicionista, estiveram contra o govêrno, além do próprio candidato, nada menos que nove deputados liberais. Seguiu-se a isso moção de combate ao Gabinete, apresentada por Cesar Zama, e em cuja votação o presidente do Conselho venceu por escassa maioria. Não era possível a menor ilusão a respeito: chegara a hora da retirada. Lafayette apresenta dignamente seu pedido de demissão ao Imperador, sendo substituído na Chefia do Govêrno, aos 6 de junho de 1884, pelo Conselheiro Manuel Pinto de Souza Dantas.

Quis Sua Majestade, todavia, logo no ano seguinte, aproveitar a capacidade de Lafayette em missão diplomática de alto relêvo. Na instituição de tribunais arbitrais entre o Chile, de um lado e a França, Inglaterra, Bélgica e

Alemanha, de outro, para dirimir as questões entre os nacionais destes últimos países e o primeiro, em relação a danos causados pelas forças militares chilenas, durante a guerra do Pacífico, escolheu-se a D. Pedro II como presidente. Nomeou o monarca ao diplomata e jurista Lopes Neto para o exercício dessas funções. Com a renúncia deste, cometeu o encargo a Lafayette o qual, havendo desgostado aos países europeus, envolvidos no caso, com os seus pronunciamentos, também não quis continuar, sendo substituído pelo Barão Aguiar de Andrade, que encontrou a fórmula diplomática para solução do litígio.

A 7 de junho de 1889 ascende ao poder o Ministério Ouro Preto, o derradeiro da Monarquia. Fôra o Brasil convidado pelo Govêrno dos Estados Unidos a se fazer representar na Primeira Conferência Interamericana, convocada pelo Secretário de Estado James G. Blaine e que deveria reunir-se em Washington no mês de outubro.

Tencionava Ouro Preto nomear Joaquim Nabuco para chefiar a Missão; mas, por inspiração de Salvador de Mendonça, delibera escolher Lafayette, (conf. CARLOS SUSSEKIND DE MENDONÇA, *Salvador de Mendonça, democrata do Império e da República*, p. 135). Relutou êle em aceitar a incumbência; mas, terminou acedendo ao convite formulado.

Em meados de julho, Lafayette e Salvador de Mendonça dirigiram-se ao Palácio Itamaratí, no Alto da Tijuca, a fim de apresentar suas despedidas ao imperador. E eis como Salvador descreve essa visita: “Recebeu-nos na sala de bilhar. Fêz-nos sentar, conversou acêrca das instruções que levávamos e fechou o assunto da nossa missão especial com as seguintes palavras, que dou como as protocolizei: — “Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Côrte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, havemos de ter uma conferência a êste respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano e transferir para êle

as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem tôda a atenção a êste ponto”. (Conf. SALVADOR DE MENDONÇA, *A situação internacional do Brasil*, p. 102/3).

Que visão de estadista revelava nesse passo o grande Imperador! A preeminência do Poder Judiciário e a Federação das Províncias, (aliás, já estabelecida pelo decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889), constituem as colunas mestras da Constituição de 24 de fevereiro de 1891. Tivesse o Visconde de Ouro Preto incluído em seu programa a Federação, como preconizava Ruy e se houvesse realizado a reforma da Constituição Imperial, no sentido da sugestão de Sua Majestade e é provável que não tivéssemos tão cedo a República em nosso país.

Entre a instalação da Conferência Interamericana, a 2 de outubro e a queda da Monarquia, quarenta e três dias decorreram. Os trabalhos em Washington não haviam avançado muito. Cientes os membros da Missão, logo a 15 de novembro, por intermédio do Departamento de Estado, da proclamação da República, viram a 19 os seus poderes confirmados, em telegrama do Ministro das Relações Exteriores, Quintino Bocayuva. Salvador de Mendonça e Amaral Valente aceitaram a ratificação; Lafayette Rodrigues Pereira recusou-a, imediatamente.

Dir-se-á que sua renúncia à Chefia da Missão derivava de sua posição na política brasileira: senador do Império, antigo Ministro da Justiça e antigo presidente do Conselho, a sua inconformidade com a nova ordem estabelecida era compreensível. Mas, talvez houvesse ainda uma segunda causa, para orientar sua atitude: a sua incompatibilidade com o Ministro das Relações Exteriores.

Quintino Bocayuva fôra o autor principal do Manifesto Republicano de 1870, que Saldanha Marinho assinara em primeiro lugar e do qual Lafayette era o sexto signatário. Sua entrada posterior para os Conselhos da Coroa deve ter-lhe criado prevenções, entre os republicanos. E a

anotação por êle feita em um caderno particular sôbre Quintino e da qual Antônio Gontijo de Carvalho nos fornece uma amostra, em seu livro *Um Ministério visto por dentro*, p. 253, lança um jacto de luz sôbre muitas coisas obscuras...

Retornando ao Brasil, recolhe-se Lafayette ao convívio de sua família e de seus livros, esquecido da política e encerrado num invencível silêncio. Vão procurá-lo na chácara da Gávea, à rua Marquês de São Vicente, os mais eminentes juristas, que o reverenciam como mestre. Contava Estevam de Almeida que numa dessas visitas, em companhia de João Mendes Junior, a palestra dêste com Lafayette fôra nos domínios do direito e da filosofia. “Dentro em pouco, êles libravam tão alto, que eu tive de ficar à distância”... Por ocasião da Segunda Conferência da Paz, ia vê-lo tôdas as tardes o Barão do Rio Branco, para mostrar-lhe os despachos de Ruy Barbosa e colher as suas impressões, para orientação da chancelaria...

Redige em 1911, por incumbência do Govêrno, o *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*, a ser submetido, com o *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, de Epitácio Pessoa, à Comissão de Jurisconsultos encarregada da codificação do Direito Internacional. E a República, que não pode prescindir da colaboração de jurista tão eminente, designa-o como membro brasileiro do Tribunal Arbitral de Haia.

Como reminiscência de suas atividades pretéritas, guarda a Grã-Cruz da Ordem de Cristo e as insígnias do oficialato da Ordem da Rosa. Também conserva o título de Conselheiro, que mantinham e de que se orgulhavam dois presidentes da República.

De sua Missão nos Estados Unidos trouxera como lembrança uma cadeira que pertencera a George Washington, dádiva do Govêrno Americano. E colhera, em sua visita a Mount Vernon, um pouco de terra, alguns seixos e umas fôlhas de hera, junto ao túmulo do herói, e que, como relíquia, dividiu um dia com Cesário Alvim.

Também visitei duas vêzes, emocionado, em 1947 e em 1954, a mansão de Washington. A casa, de puro estilo colonial, guarda a serenidade da morte. Contemplei, através das portas envidraçadas, os livros de sua biblioteca. Vi os objetos de uso do herói. O leito em que faleceu. Em meio da escada estreita, que conduz ao pavimento superior, o velho relógio de carvalho, que me trouxe à memória os versos de Longfellow:

*By day its voice is low and light;
But in the silent dead of night. .*

Fui depois ao terraço do fundo: as águas do Potomac continuavam a deslizar suavemente e nada podiam revelar sôbre os encontros que presenciaram entre George Washington e o general Lafayette. . “L'éternité est une pendule, dont le balancier dit et redit sans cesse ces deux mots seulement, dans le silence des tombeaux: “Toujours! jamais! Jamais! toujours!” (JACQUES BRIDAINE).

Um acidente em sua casa, cinco anos antes de sua morte, causara a Lafayette Rodrigues Pereira uma fratura não consolidada do fêmur e a sua permanente imobilidade. Em sua idade propecta, a artério-esclerose generalizada foi fazendo a sua marcha fatal.

Os anos passaram. O troar dos foguetes, as sirenas das fábricas e o repique dos sinos chegaram até o recolhimento da Gávea anunciando o despertar do Ano Novo. Primeiro de janeiro de 1917! Entrava em vigor o Código Civil.

Muito poucos da velha geração nele colaboraram, o Código representava sobretudo uma obra da gente moça, da geração que sucedera à dos consagrados juristas do Império. Iam-se de vez as antigas Ordenações, Leis, Decretos, Alvarás e Resoluções dos reis de Portugal que continuavam ainda, na parte não revogada, a constituir as normas de nosso Direito Civil.

Lafayette pôs-se a reconhecer que o seu tempo já se fôra. Vivia no momento inteiramente esquecido dos homens, como um “deus proscrito”.

A 29 de janeiro de 1917, às dez horas da manhã, teve na morte a sua libertação. Não a aguardou de pé, a espada nua, como Cyrano. Ela tinha de vir, porém, cautelosamente, para que Lafayette não a percebesse; pois, de outra maneira, haveria de compor, para aguardá-la, um sorriso de ironia . . .

Castro Alves, evangelista do Direito.

Alfredo Buzaid

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

Lanço um olhar retrospectivo e tento recordar os anos em que, como estudante, lia os poemas de CASTRO ALVES, sentindo, nos versos repassados do mais doce lirismo, a alma ardente do poeta apaixonado. CASTRO ALVES sorria-me tôdas as manhãs como um raio de sol, que devassava a janela de meu quarto. Eu amava as suas poesias, porque me identificava com os seus sonhos.

Já agora são passados trinta anos. Professor, envelheço no trabalho e no estudo. A minha vida se desdobra entre a dedicação ao lar, os misteres universitários e o patrocínio das causas forenses. Como se explica, pois, que o professor debruçado sôbre os velhos “in folios”, ainda tem ânimo para falar de um poeta, que foi o encantamento de sua mocidade? É que o contemplo em duas idades. Há trinta anos, procurava, no estudante de direito, a alma de um poeta; hoje busco, na alma de um poeta, o evangelista do direito; há trinta anos, via CASTRO ALVES como um homem dentro do mundo; hoje surpreendo nele um mundo dentro do homem.

I. O Século XIX.

Que é o século, em que viveu CASTRO ALVES? Que idéias difundiu por todo o universo? Que princípios impregnou na alma ainda juvenil de poeta? O século XIX se abre sob as luzes da Revolução Francesa e constitui uma das mais

ousadas afirmações do individualismo. No domínio filológico, a sempre misteriosa Germânia engendra o criticismo. Na literatura brota o romantismo como uma reação do indivíduo, que procura libertar-se das regras rígidas e inflexíveis dos modelos clássicos. Na religião difunde-se o laicismo, separando a Igreja do Estado. Na ordem política rolam as cabeças coroadas e o povo reivindica o direito de se auto-governar. A monarquia é substituída pela República. As teorias fundadas num ingênuo contratualismo se esforçam por explicar a natureza e o funcionamento dos poderes do Estado como emanção da soberania nacional. As idéias então dominantes podem ser sintetizadas em quatro postulados, afirmados mas ainda não reconhecidos pela humanidade:

- 1) a igualdade entre as criaturas;
- 2) a fraternidade universal;
- 3) a democracia como ideal político;
- 4) e a república como forma de govêrno.

Visto sob êste aspecto, CASTRO ALVES parece ser um filho espiritual do século XIX pela sua formação, pelas suas idéias e pelos seus sentimentos. A sua vocação, quase messiânica, de poeta dos escravos, refletia a fisionomia moral do liberalismo, que despontou com a Revolução Francesa. O romantismo infundiu-lhe a lira com um sôpro de ternura. O idealismo generoso transfigurou-lhe a vibração poética.

Porém onde êle alça superior aos seus e ao seu tempo, o ponto em que reluz, com mais brilho, o esplendor do seu gênio tumultuário, romântico e simbolista, é aquêle em que cria um novo estilo, sintonizando as misteriosas forças telúricas do continente. Com êle nasce a poesia social, espelhando a rudeza nativa dos trópicos; vive nele, no verdor dos anos, o drama da sua terra e da sua gente; e ninguém mais do que êle encarna o entusiasmo febril da juventude e a luz profética dos libertadores. A sua mocidade foi por isso um modelo sem reflexo, porque êle, na verdade, foi também um reflexo quase sem modelo.

II. A igualdade.

CASTRO ALVES, que passara a sua infância na fazenda Muritiba e na chácara Bôa Vista, contemplando o cativoiro dos infelizes, viu madregar em sua alma o sentimento da igualdade. Inconsciente a princípio, pouco nítido depois, fulge, aos dezesseis anos, como um raio desfechado contra a organização da economia brasileira. Os primeiros acenos surgem em 1863, não como mero capricho de inspiração, mas como uma intuição que é a centelha do gênio.

Em 1865 começou a estudar Direito Natural, onde aprendeu que, segundo os princípios, uma pessoa mais forte não pode submeter outra a cativoiro, porque tal estado repugna à ordem da criação. Vem-lhe à memória a imagem da gleba baiana, dividida entre o senhor da casa grande e a senzala; aquêlê vivendo impacientemente as exaltações do triunfo, da riqueza e do poder; êste, suportando, com resignação, os horrores do infortúnio. Foi então que, antes dos outros, com quase antecipação sôbre todos os brasileiros, repontou na lira do poeta o grito de revolta e seus versos correram por tôda parte, anunciando a mensagem da libertação.

Impassíveis aos gemidos dos sofredores, os escravistas organizam a resistência, apregoando a necessidade de esperar para não desorganizar a economia agrária fundada sôbre a estrutura do trabalho servil. O poeta caminha impávido. Escreve, discursa, declama os seus poemas. Acende a fogueira que redimirá a vergonha brasileira.

O seu sonho não é apenas suprimir o cativoiro como uma mácula nacional; é ensinar a todos os povos que no Brasil, mais pròpriamente, na América, não se tolera a violação do princípio da igualdade dos homens.

O poeta tem assomos revolucionários. Não transige com soluções de compromisso. Quer um compromisso de solução. Impunha-se, pois, levantar a bandeira da guerra

santa. Daí a série imensa de poemas, reunidos sob a denominação de *Cachoeira de Paulo Afonso*, *Navio Negroiro*, *Vozes d'Africa* e o drama *Gonzaga*. O menino de pouco mais de dezesseis anos é o vigoroso precursor da luta da emancipação, em que a sua voz vibrou com os acentos mais graves, quando tudo ainda não passava de mero sonho.

III. A fraternidade universal.

A sua intuição viu o que os outros não viram: a perspectiva do destino da América. O cativo dos negros não era mais vil que a perseguição dos brancos por motivos raciais. Quando os nativos decidiram romper os grilhões que nos atavam à Metrópole, a luta era antes uma conquista do futuro do que uma reação contra o passado. Descrevendo os episódios da batalha pela independência, o poeta não vê apenas o solo embebido pelo sangue de dois povos:

*“Não! Não eram dois povos que abalavam
naquele instante o solo ensanguentado...
Era o porvir — em face do passado
A liberdade — em face à escravidão”.*

O porvir era a liberdade, o direito de pensar e de viver, sem preconceitos de côr e de raça, a porta aberta a todos os povos irmãos, especialmente àqueles que foram oprimidos por ódios, rivalidades e perseguições.

Os hebreus ainda não haviam conseguido um solo para aí edificar a sua pátria e corriam o mundo, ora recebidos com prevenção, ora escorraçados por atos de violência.

O fadário da América não era só abolir a escravatura dos negros; era assegurar também a redenção dos brancos, oriundos de tôdas as terras, que viessem aqui plasmar uma nova consciência jurídica da liberdade. Por isso implorou o poeta:

*“Senhor! Não deixes que se manche a tela
Onde traçaste a criação mais bela
De tua inspiração.
O sol da tua glória foi toldado
Teu poema da América manchado
Manchou-o a escravidão”.*

O poema da América era o sonho da liberdade, os braços abertos e hospitaleiros, a mensagem de fraternidade.

Apiedando-se do infortúnio secular dos hebreus, corridos por tôda a parte, sem teto nem lar, brada em veemente protesto:

*“Misérrimo! Correu o mundo inteiro,
E no mundo tão grande... o forasteiro
Não teve aonde... pousar.
Co'a mão vazia — viu a terra cheia,
O deserto negou-lhe — o grão de areia,
A gota d'agua — rejeitou-lhe o mar”.*

Permiti-me que, depois de recitar êstes versos estuantes de revolta contra uma concepção cruel do mundo, devorado de egoismo; depois de sentir, no tom profético de suas palavras, a confiança no destino da América, como refúgio dos povos que amam a liberdade, permiti-me que recorde o episódio da compra do castelo de Canterville.

Conta OSCAR WILDE que, quando Hiran S. Otis, embaixador dos Estados Unidos, adquiriu o castelo de Canterville, advertiram-no que fazia mau negócio, pois era notório que se tratava de lugar assombrado. O próprio Lord Canterville, escrupulosíssimo em questões de honra, julgou conveniente chamar-lhe a atenção para o fato, enquanto o negócio estava na fase das discussões.

— Nós próprios desistimos de morar no castelo — declarou Lord Canterville, desde que minha velha tia, a duquesa de Bolton, sofreu um abalo de que jamais se refez, em virtude do pavor de que ficou tomada quando sentiu as mãos

de um esqueleto descansarem sôbre os seus ômbros, no momento em que se preparava para a ceia; julgo oportuno informar-lhe também que o fantasma foi visto por várias pessoas da família, vivas ainda e pelo vigário da localidade, reverendo Pe. Augusto Dampier.

— Milord — respondeu o embaixador, inclua também o fantasma na escritura como parte do mobiliário. . Venho de um país moderno, cujos compatriotas têm invadido o velho mundo para descobrir e roubar-lhe os melhores cantores e atrizes e duvido que, existindo algum fantasma na Europa, já o não houvessem transportado para a América e posto nos museus ou parque de atrações.

O romancista inglês, num chiste delicioso, criticou por certo a ousadia do embaixador norte-americano, que tinha a volúpia de importar até os fantasmas do Velho Mundo. Mas o poeta brasileiro anteviu a vocação da América para realizar uma civilização, apta a assegurar as condições vitais de convivência humana a todos os povos da terra. É que

*“Estatuário de colossos
Cansado d’outros esboços
Disse um dia Jehovah:
“Vai, Colombo, abre a cortina
De minha eterna oficina
Tire a América de lá”.*

E ao descobrir o Novo Mundo, traçou-lhe o destino:

*“Talhado para as grandezas
Pr’a crescer, crear, subir
O Novo Mundo nos músculos
Sente a seiva do porvir”.*

IV. A democracia.

O gênio de CASTRO ALVES fundiu a poesia e o direito, o clarão do profeta e o clarim do evangelista, nos versos que

exaltaram a confiança do povo, a esperança na república e a salvação da humanidade pela democracia.

*“A Praça, a praça é do Povo
Como o céu é do condor”.*

A idéia de praça lembra logo a de *forum*. *Forum* em latim quer dizer praça pública. A magistratura antiga decidia na praça pública, porque ela transfunde o sentimento de segurança e de liberdade. A justiça de portas fechadas causa terror.

Quando o poeta diz que a praça é do povo, quer significar que ela não é um teatro de demagogia; é um tribunal de decisões. Nela, o povo não se agita, age; não vocifera, julga; não fomenta desordens, constrói o futuro. O poeta compara o povo ao condor. Êste é o rei do céu, como aquêle o rei da terra. A praça é a terra, para que o povo não se divorcie da realidade; a sua cúpula é o céu, para nele encontrar a sublimidade dos seus ideais. A terra é sempre uma advertência acêrca da precariedade de tôdas as coisas humanas. O céu é um convite, porque conduz o homem ao seu destino transcendental.

*“Só o povo é soberano. Por isso é a
“República... Vôo ousado
Do homem feito condor
Raio de aurora inda oculta
Que beija a frente ao Tabor”.*

A sua esperança na democracia era consciente e fundada, porque não a concebeu como um devaneio de poeta, mas com a visão de um estadista. Não há verdadeira democracia sem povo culto. O direito de se governar por si mesmo nasce quando o povo atinge a maturidade intelectual e espiritual. A cultura é libertação. Por isso pregou o poeta:

*“Livros, livros a mão cheia
E mande o povo pensar.
O livro, caindo na alma,
É germe que faz a palma
É chuva que faz o mar”.*

A educação é a base da democracia, destinando-se a formar a inteligência e a informar a alma.

As vicissitudes por que passa o povo podem arrastá-lo às decisões heróicas. A revolução popular algumas vêzes é indicada pelos dirigentes políticos, iluminados pelo desejo de dar novos rumos ao país; outras, irrompe natural e espontânea das profundezas de sua alma, coberta pela cinza que o vento espalha, fazendo arder a brasa oculta, que se transforma num incêndio.

Quando o povo entra em declínio, avassalado às duras provocações de um déspota que dêle se senhoreia; quando a sua alma se entorpece e a sua liberdade é encadeiada; quando êle se não envergonha de gemer sob os grilhões que o escravizam; quando assiste, indiferente e impassível, sem um ranger de dentes, à corrupção que o esmaga, servindo de pasto à cobiça dos especuladores, ainda assim nem tudo está perdido, porque, no mais recôndito de sua consciência, há uns vislumbres, embora frouxos, de dignidade, que um dia, sem ninguém esperar, repontam, desfazem a névoa que os envolvem e projetam-se como um raio de luz. Sim, diz o poeta:

*“O povo é como o sol. Da treva escura
Rompe um dia com a dextra iluminada
Como o lázaro, estala a sepultura. . .
Oh! Temei-os da turba esfarrapada,
Que salva o berço à geração futura
Que vinga a campa à geração passada”.*

Temei o povo, aconselha o poeta. Quando êle é oprimido, quando reiteradas vêzes ou sempre é submetido às

atrocidades do mando desvairado, o sentimento de revolta, misturado ao da independência, se vai formando de modo quase imperceptível, até explodir num grito de “basta”! Obtém-se num minuto a liberdade sonhada por longo tempo de opróbrio e de vexação.

Como? Há uma centelha que eletrisa a vontade, que a impele à rebeldia, que a transfigura em gestos tresloucados, ou, a melhor dizer, em gestos heróicos. É que a massa não se guia tanto por idéias quanto por sentimentos.

“... o povo é mais sentimento do que idéia”
(Obras, II, p. 464).

A sua fôrça está na mística, que é também a sua fraqueza. A mística não ensina o que se quer, mas o que não se quer; não diz o que se deve fazer, mas o que há de acabar; não programa um ideal de realizações, mas uma realização de ideal, que aspira à substituição do que existe por qualquer coisa que se não vê, mas que se espera seja melhor.

V. O fulgôr do gênio.

O aparecimento de CASTRO ALVES, na segunda metade do Século XIX, tem algo de estranho. Êle não é um simples elemento de polarização de idéias e sentimentos de sua época. Não cultivou o direito no silêncio do gabinete. Não o estudou para se tornar um advogado. E ainda formado, jamais viria a sê-lo, porque êle não se contentava com ser o defensor das causas forenses no pretório dos tribunais.

A sua vocação o arvorou em advogado das causas da humanidade, em cujo patrocínio ninguém rivalizou com êle na genialidade das soluções de valor universal.

Naquele período histórico florescia no país uma plêiade de juristas amadurecidos na longa reflexão dos problemas sociais. Cada um dêles era capaz de apresentar soluções harmoniosas, sábias e prudentes. Mas o que lhes faltou

foi o ardor poético, que banha a essência do direito com a beleza das fórmulas eternas. Pode haver e há por certo poesia sem direito. Mas dificilmente pode haver direito sem poesia.

Naquela fase histórica da evolução brasileira, CASTRO ALVES foi o poeta, instintivo e natural, que encarnou um ideal de renovação jurídica, pondo a sua lira a serviço da América e da humanidade. Não escreveu uma lei; não elaborou um código; não emitiu parecer. Não chegou sequer a redigir um arrazoado forense. E no entanto êle simboliza conscientemente o espírito de uma revolução sem sangue e sem lutas cruéis, que começa no seio do povo, ecôa nas cidades e nos campos, sacode a consciência pública, vibra nos versos inquietos, escritos segundo a inspiração das circunstâncias, alheios a programa e método; e quando, apagando-se em plena juventude a luz de sua existência, os seus poemas, peças e discursos, são recolhidos, ordenados e admirados; quando chegou o momento de julgar a glória de sua missão, a grandeza de suas idéias e o esplendor do nobre apostolado, a posteridade viu que a obra do poeta envolvia a auréola do evangelista do direito.

Foi um gênio O maior poeta do Brasil? Não sei se estas perguntas, que repontam nas biografias do cantor, podem ou devem ser aqui respondidas. O que sei, e isso me basta, é que, numa permanente atualidade, CASTRO ALVES é o mais amado dos poetas, porque nele se revê não tanto o fulgor da lira, tumultuária, mas vibrante, quanto a alegria comunicativa e saudável das idéias generosas, que fraternizam a humanidade e o tornam o anunciador de uma nova mensagem.

A projetada reforma do código civil*.

Sílvio Rodrigues

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

Escolhi para tema desta preleção assunto já por mim abordado alhures, mas que, pela sua extrema atualidade e alta relevância, pareceu-me merecedor de maiores debates.

Tenho realmente a impressão de que a projetada reforma do *Código Civil*, é problema que preocupa enormemente o civilista, que deve, assim valer-se de toda oportunidade, para versá-lo.

É certo que a matéria é ampla demais para se enquadrar nos estreitos limites de uma palestra. Mas, de qualquer maneira, estou persuadido de que a mera circunstância de debatê-la sèriamente, já representa vantagem, por chamar a atenção dos estudiosos, dos interessados, e dos homens mais cultos, para a importância da questão.

Como é sabido, há pouco mais de dois anos, o Govêrno da República decidiu reformar muitos dos Códigos vigentes, inclusive o *Código Civil*. Com êsse escopo confiou, a dois eminentíssimos jurisconsultos brasileiros, a tarefa de elaborar os anteprojetos.

Com efeito, como de início se decidiu separar o direito das obrigações, dos demais ramos do direito civil, o Govêrno designou o professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, da Universidade de Minas Gerais para preparar um anteprojeto de Código de Obrigações, e o professor ORLANDO GOMES, da

*. Aula inaugural proferida na abertura dos cursos jurídicos do ano de 1964.

Faculdade de Direito da Bahia para, com exclusão daquela matéria, projetar o *Código Civil*.

Atuando com sua conhecida diligência, o insigne professor bahiano apresentou o seu anteprojeto no início do ano passado, trabalho que foi publicado em abril de 1963.

Como a parte de obrigações apenas acaba de ser divulgada, minha exposição se circunscreve ao exame daquele primeiro anteprojeto.

Dividi minha preleção em três partes. Na primeira, data venia, examino alguns defeitos da projetada reforma. Na segunda analiso algumas das excelentes modificações sugeridas pelo anteprojeto. E na terceira, finalmente e a título de conclusão, contesto a oportunidade de uma reforma, integral, da codificação civil.

I.

1. O primeiro inconveniente da projetada reforma é o desdôbro do código civil em dois códigos autônomos. Tal orientação foi adotada pelo legislador suíço, não por razões de ordem técnica ou de caráter científico, mas por circunstâncias históricas de menor importância, de todos conhecidas. Por isso o legislador brasileiro de 1916 desprezou a orientação da legislação suíça. Ora, nada aconselha a que hoje se abandone o antigo caminho para buscar o novo, a não ser o desejo de imitar. Nenhum argumento ainda foi dado para justificar essa mudança de critério, entre nós ainda mais incompreensível, quando se sabe que não se almeja a proceder à unificação do direito privado.

Aliás, o mero fato dos anteprojetos partirem de juristas cuja orientação é nitidamente diversa, constitui elemento capaz de quebrar a unidade, imprescindível em qualquer sistema de direito privado.

2. Entretanto, o maior defeito da projetada reforma é a supressão da Parte Geral do *Código Civil*.

A Parte Geral do *Código Civil* é um conjunto de regras, (muitas de caráter teórico, é verdade), mas que são aplicáveis a todos os campos da parte especial; assim, por exemplo, as noções de coisa fungível, ou de pessoa incapaz ou de frutos pendentes ou de ato ilícito, definidas na parte geral do *Código Civil*, se aplicam a todos os campos disciplinados em sua Parte Especial, ou seja, ao Direito de Família, ao Direito das Coisas, ao Direito das Obrigações, e ao Direito das Sucessões.

Ademais, a inserção de uma Parte Geral no *Código Civil*, oferece um lugar adequado para disciplinar os institutos da prescrição e da caducidade.

O codificador brasileiro de 1916 foi colhêr no Código Alemão de 1896, a idéia de dividir em duas partes o corpo de leis civis, contendo o primeiro um conjunto de normas gerais, que seriam aplicáveis à parte segunda, esta dedicada especificamente à disciplina dos vários ramos do direito civil.

A experiência brasileira revelou-se extremamente proveitosa, como ficou demonstrado no quase meio século de vigência de nossa atual legislação.

Entretanto, dando ouvido a uma crítica injusta, projetase suprimir a Parte Geral do *Código Civil*.

Tal supressão foi pela primeira vez sugerida na exposição de motivos que precedeu o *Anteprojecto de Código de Obrigações* de 1941, da lavra dos eminentes ministros O. NONATO, F. AZEVEDO e HAHNNEMAM GUIMARÃES. A crítica que se dirigia a Parte Geral do Código era a de ser excessivamente teórica. Diziam aquêles juristas:

“A existência da parte geral no *Código Civil* resulta de um processo excessivo de técnica que dificulta o ensino e a apreensão imediata do sentido das normas jurídicas”.

Não conheço novos argumentos a respeito, e o insigne autor do *Anteprojecto*, quando interpelado no Instituto

dos Advogados de São Paulo não os forneceu tampouco, limitando-se a apontar que o desdôbro do *Código* em dois códigos autônomos, implicava na supressão de sua Parte Geral.

O fato de conter normas de caráter técnico é mau argumento para suprimir-se a Parte Geral. As regras que hoje se encontram na parte inicial do *Código Civil* foram repetidas no *Anteprojeto*, por que são indispensáveis em qualquer sistema. Portanto o fato de terem elas caráter teórico, não conduziu a que fôsem suprimidas.

Com efeito. Tôda a teoria das pessoas, contida nos arts. 2 a 42 do *Código Civil*, foi reproduzida no *Anteprojeto* em análise; tôda a teoria dos bens, objeto dos arts. 43 a 69 do *Código Civil*, se encontra no Título I do *Livro do Direito das Coisas*, do *Anteprojeto*. Os 26 artigos da legislação vigente, com algumas modificações, são substituídos pelos 36 artigos projetados (ns. 328 a 357).

E quanto à teoria dos fatos jurídicos, disciplinada nos arts. 74 e seguintes do *Código* atual, tal matéria decerto aparecerá no projeto do *Código de Obrigações*, que ainda desconheço.

De modo que apenas se espalhou pelos vários livros da parte especial do texto projetado, as regras que se encontram em bloco na parte geral do *Código* vigente.

A desvantagem de tal procedimento é manifesta, porque muitas noções, que se encontram no *Livro do Direito das Coisas*, ou no *Livro das Pessoas*, do *Anteprojeto*, são aplicáveis no campo do Direito de Família, no das Sucessões ou das Obrigações. Muito melhor é o sistema vigente, que a reforma quer abolir.

3. Ao lado dessas duas críticas de caráter geral, poderia enfileirar não poucas modificações sugeridas pelo anteprojeto do professor ORLANDO GOMES, e que me parecem menos felizes.

Assim, ressalto entre outras :

a) a idéia de representação dentro da sucessão testamentária, que despreza a tradicional noção de que a deixa testamentária é negócio iminente “intuitu personae”.

b) a criação da obrigação do cônjuge desquitado de prestar alimento a seu antigo consorte, se éste necessitar, independente da idéia de inocência ou culpa. Dêsse modo, o marido que debalde tentou assassinar a espôsa, ou a mulher condenada por adultério, podem reclamar de seu antigo cônjuge pensão alimentícia, desde que o necessitem. Tal inovação parece desprezar a distinção entre alimentos devidos por fôrça de parentesco — e marido e mulher não são parentes — e alimentos devidos por fôrça do matrimônio.

c) também me parece sem razão a criação do direito de superfície.

O *Anteprojecto* às vêzes é extremamente audaz e noutras excessivamente tímido. Dou como exemplo de tal audácia a regra do parágrafo único do art. 152. Após cuidar dos pressupostos do desquite litigioso, que são os mesmos da legislação vigente, dispõe o texto citado que se no curso do processo forem comprovados fatos outros que não os argüidos, o juiz decretará o desquite se tais fatos evidenciarem a impossibilidade da vida em comum.

Tal dispositivo dá extraordinário poder ao juiz, pois amplia de maneira desmedida as hipóteses do desquite litigioso, que assim se dará, mesmo com a opposição de um cônjuge, e sem que se apresente um pressuposto legal, cada vez que o julgador se convencer da insuportabilidade da vida em comum.

Não me manifesto sôbre a conveniência ou inconveniência de tal regra. Apenas anoto que ela constitui passo violento dentro de nosso direito de família, protetor reconhecido do casamento, que em vez de facilitar, em regra dificulta o desquite.

Por outro lado, o projeto por vêzes se apresenta tímido, e isso se dá, por exemplo, quando conserva o testamento nuncupativo, velharia que não se compreende nos tempos atuais, e que constitui elemento de insegurança e instrumento de fraude.

Tímido é o projeto, ainda, quando mantém institutos obsoletos como o direito de crescer entre os herdeiros, matéria que só se encontra na moderna legislação em virtude de um enraigado, e neste campo injustificável, amor à tradição. Advém o direito de crescer de um excessivo respeito à vontade presumida do testador, respeito descabido quando se tem em vista que o próprio testador negligenciou em manifestar claramente o seu desejo.

Poderia enumerar algumas outras soluções que não me parecem felizes. Mas é tanta a minha ansiedade em enumerar as qualidades do *Anteprojecto*, que salto por sobre aquelas.

Efetivamente. Provindo de um jurista do porte do professor ORLANDO GOMES, o *Anteprojecto* não podia deixar de apresentar inegáveis virtudes. E aqui aproveito o ensejo para ressaltar uma qualidade do trabalho que me parece das mais importantes. Embora partindo da incontestável premissa de que o interesse social deve prevalecer ao do indivíduo, o professor ORLANDO GOMES agiu sempre com enorme equilíbrio evitando sacrificar o interesse individual cada vez que isso não se impuzesse de maneira inexorável.

Passo a analisar algumas das inovações felizes do texto projetado.

No *Libro I — Das pessoas* — o projeto disciplina os direitos à personalidade e o direito ao nome, matéria em que nossa legislação ou era omissa, ou havia disciplinado de maneira incompleta.

No campo do direito de família, entre as muitas modificações de carácter técnico, entre as quais a distinção entre os casos de impedimentos matrimoniais, e casos de incapacidade matrimonial, algumas inovações devem ser realçadas.

Assim, por exemplo a constante do inciso II, do art. 200, que permite ao marido a contestação da paternidade, se à época da concepção os cônjuges estavam notòriamente separados. Esta regra é completada pela do art. 234 do *Anteprojecto*.

De acòrdo com o *Código* (art. 340), contestação da paternidade só era possível quando a separação dos cônjuges fòsse legal, de modo que, mesmo que o casal estivesse separado de fato e a mulher vivendo com concubino, o pai continuava ser o marido, por fôrça da presunção legal, “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”. Tal solução, num país em que a gente mais humilde em geral não se desquita, mas apenas se separa para juntar-se alhures, é realmente iníquã.

Outra inovação, esta não ao *Código*, mas à Lei n.º 883/49, que permitiu o reconhecimento do adúlterino após a dissolução da sociedade conjugal, é a constante do § único do art. 233.

O adúlterino, mesmo antes da dissolução do casamento de seu pai adúltero, pode pleitear alimentos, correndo o processo em segredo de justiça. Esta é a lei atual, que o projeto repete. Apenas o projeto determina que, morto o progenitor adúltero, o reconhecimento independe de ação investigatória, podendo, entretanto ser a filiação impugnada pelos interessados.

Dentro do campo do *Direito das Coisas* o projeto transplanta para o *Código* a disciplinaçãõ da promessa irretirável de venda e do condomínio em edifícios, que hoje constituem objeto de leis extravagantes. A regulamentação dêste último assunto, feita com grande proficiência, preenche um claro em nosso direito, pois lei atual, de 1928, dada sua vetustez, é incompleta e imperfeita.

Inovações de alta relevância são as que admitem a passagem forçada, quando o acesso fôr insuficiente e inadequado (art. 372), ou que, atribuem à propriedade do solo mediante indenizaçãõ, àquele que de boa-fé plantou ou

construiu em terreno alhêio, desde que a construção ou plantação exceda consideravelmente o valor do terreno (art. 442).

Ambos os dispositivos envolvem uma desapropriação levada a afeito em atendimento direto a um interesse privado; mas ambas se inspiram na idéia de que indiretamente é um interesse público que está sendo atendido.

No último caso o texto impede a incidência da regra que dispõe dever o acessório seguir o principal. A solução projetada é sábia, pois num campo de relações patrimoniais o que deve prevalecer é a noção de valor.

O projeto, tendo em vista o maior valor da acessão, atribui-lhe a condição de principal, permitindo ao dono da acessão, se de boa-fé, a aquisição do terreno. Acho que tal solução é a que atende ao maior interesse social, tanto mais que o expropriado, na hipótese, corroborou para o evento, ao menos com sua negligência.

Importante, são, ainda, as inovações no campo do direito das sucessões. Merecem realce, desde logo, as que dizem respeito à sucessão da companheira, e a da inclusão do cônjuge sobrevivente entre os herdeiros legitimários.

A legislação de proteção à companheira vem se esboçando, timidamente, no Brasil, embora uma jurisprudência, atenta à evolução de nossos costumes, tenha admitido soluções pretorianas que procuraram atender às suas necessidades. País, que a despeito de sua marcada vocação religiosa, abriga número imenso de casais unidos fora do matrimônio civil, o Brasil não pode ignorar a existência do concubinato, nem negar direitos à concubina. Daí a importância dêsse capítulo, dentro do *Anteprojeto de Código Civil*.

A inclusão do cônjuge entre os herdeiros necessários é outra medida de grande alcance. Aliás, a solução do projeto não é audaz, talvez mesmo possa ser acusada de tímida, pois não são poucos os juristas modernos que apregoam a conveniência de se alterar a ordem de vocação hereditária, para se colocar o cônjuge sobrevivente em posição de vantagem sobre os ascendentes.

Outro texto digno de aplauso é o art. 769 que determina a validade das alienações feitas pelo herdeiro aparente. O dispositivo, data venia, traz uma erronia, pois reclama a boa-fé do herdeiro alienante, quando a boa-fé exigível é a do terceiro adquirente. Todavia, corrigido êste engano, a regra tem grande alcance, pois vem solucionar controvérsia que de há muito se instalou na doutrina e na jurisprudência, e que diz respeito à extensão do art. 1600 do *Código Civil*. Êste artigo valida as alienações feitas pelo herdeiro excluído da sucessão, e o que se quer saber é se tal regra se aplica a todos os casos de herdeiro aparente, ou se somente aos casos de indignidade. O preceito em tela, uma vez corrigido, pode pôr fim à controvérsia.

Muitos seriam os aspectos dêste fascinante tema, que mereceriam ser examinados. Entretanto a exigüidade do tempo não o permite.

III.

O problema maior que o assunto enseja é o de saber da oportunidade de reforma do *Código Civil*. Acho que as questões devem ser propostas no campo da necessidade, e no da conveniência, formulando uma dupla pergunta: Ê necessário reformar o *Código Civil*? E se fôr negativa a primeira resposta, cabe a segunda pergunta: Ê conveniente reformar o *Código Civil*?

Para se inserir no *Código Civil* vigente as modificações que a hora presente está reclamando, não se fêz necessária a sua integral substituição por outra lei. Muitas alterações foram trazidas ao *Código* de 1916 por leis subseqüentes e se se quiser apontar apenas umas poucas, dentre as mais recentes, bastaria lembrar a criação da promessa irretroatável de venda, a possibilidade de reconhecimento dos adúlteros, a reestruturação da adoção e o nôvo estatuto da mulher casada.

Tôdas essas reformas, algumas substanciais, foram levadas a efeito dentro da estrutura do *Código Civil*, que continua substancialmente o mesmo.

Se nos lembrarmos que o *Código Civil Francês* de 1804, com seu século e meio de existência, foi atualizado sem sacrificio de sua estrutura básica, e se tivermos em vista que o nosso *Código* ainda não fêz cinqüenta anos, talvez não tenhamos tanta pressa em modificá-lo. Pelo menos nós, os juristas, que de um certo modo somos apegados à tradição.

Se não é necessário, será ao menos conveniente substituir por um nôvo, o *Código Civil* de 1916? Ainda aqui prefiro a resposta negativa.

Embora o *Código* de 1916 seja, por assim dizer, um Código do século XIX — que de um certo modo se estendeu até a guerra de 1914-18 — êle, com as modificações que vem sofrendo e com as que no momento reclama, é um monumento que deve ser preservado, por atender bastante bem às nossas necessidades atuais.

Dois razões me conduzem a esta asserção.

A primeira é a de que vivemos num momento de grande agitação e incerteza, em que, para se dar um exemplo, muitas reformas de base apregoadas por uns, são vistas como subversivas por outros, ao mesmo tempo que as posições dêstes, são tidas como reacionárias por aquêles. Onde nos encontraremos dentro de um, dois, cinco ou dez anos?. Será num momento tão infirme como o atual que se deve reformar todo o direito privado? Entendo que não.

A segunda preocupação que, a meu ver, desaconselha a reforma radical da lei civil diz respeito à excelência do *Código* de 1916. Êle constitui um monumento grandioso, um bloco sólido, que se apresenta como um edifício admirável, em que tôdas as linhas são harmoniosas.

O texto projetado conserva a maioria das regras que se encontram no Código vigente. Mas não consegue conservar, — e ao fazer esta assertiva peço desculpas a seu

ilustre autor — não consegue conservar a beleza e a limpidez de sua forma. A pena inspirada de RUI BARBOSA, atuando como cinzel na pedra consistente, alcançou seu momento maior ao redigir aquêlê conjunto de regras, onde se tem a impressão de que nenhuma palavra falta, e de que vocábulo nenhum é supérfluo. Seria quase impossível alcançar igual excelência em trabalho humano.

Dada a possibilidade de se trazer para dentro do *Código Civil* as inovações que os tempos modernos estão a exigir, parece inconveniente a sua substituição por um nôvo *Código*.

Agradeço aos senhores a atenção que me deram.

A individualização da pena no Direito Penal Comparado latino-americano*.

Moacyr Benedicto de Souza

I.

O Direito Penal Comparado latino-americano.

1. Comparar é cotejar, confrontar, examinar, ao mesmo tempo, as semelhanças e diferenças. LITTRÉ dizia mesmo que a comparação é o processo lógico a que o espírito humano mais freqüentemente recorre.

Depois do papel saliente desempenhado pela comparação no estudo e desenvolvimento das ciências físicas e naturais, línguas, psicologia experimental e outros campos das indagações humanas, seria estranho que ela não penetrasse também os domínios das ciências jurídicas.

Surge, então, como poderoso instrumento de trabalho, como elemento valioso no processo de aperfeiçoamento da tarefa legislativa de todos os povos cultos, o Direito Comparado, cuja missão se traduz em indagar do conteúdo e do alcance dos diversos institutos jurídicos, principalmente das nações com afinidade cultural, não através de simples exame superficial de normas, mas perquirindo com profundidade as razões de cada diferença ou semelhança. Velho em suas origens, pois deita raízes na *Política* de

*. Trabalho apresentado à Cadeira de Direito Penal Comparado, do 2.º ano do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Prêmio "Alcântara Machado" de Direito Penal de 1963, conferido pela Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo.

ARISTÓTELES e na obra dos doutrinadores e legisladores romanos, sem passar despercebido ao Direito medieval, adquire, entretanto, grande significado, no século passado, com HENRY MEINE, ALBERT HERMAN POST e, notadamente, MONTESQUIEU, em seu *Espírito das Leis*.

Foi, todavia, em 1900, com o 1.º Congresso de Direito Comparado, reunido em Paris, que se iniciou a fase decisiva desses estudos, com a sistematização de seus propósitos, através dos trabalhos de grandes comparatistas, como LAMBERT, SALEILLES e LEVY-ULLMANN. Fixados seus rumos, criaram-se, em seguida, diversos institutos anexos às cátedras universitárias, com a finalidade de melhor coordenar seus estudos e alargar a pesquisa comparatista.

Embora ainda reine acentuada divergência no que diz respeito à natureza do Direito Comparado, pois para alguns juristas, entre os quais SALEILLES, GUTTERIDGE e RENÉ DAVID, não passa de simples método auxiliar da crítica legislativa, enquanto que para outros, com mais razão, entre eles incluindo-se a maioria dos modernos comparatistas, como MARC ANCEL, é uma nova ciência jurídica autônoma, o certo é que esse fecundo campo do Direito “representa notável meio de alargar nossa experiência jurídica no espaço, paralelamente ao que a História do Direito representa na órbita do tempo”, segundo o entender de ASCARELLI¹.

2. Dentre as tarefas atribuídas ao Direito Comparado, LAMBERT coloca em plano destacado a da obtenção de um Direito comum legislado. No citado Congresso de 1900, encarregado que foi de sintetizar o pensamento das diferentes correntes que debatiam as finalidades da comparação no campo jurídico, LAMBERT concluía que, com pequenas discrepâncias, uma das tarefas primordiais era a da unificação dos Direitos dos povos de culturas afins, quer pela criação de princípios comuns, quer pela formação de

1. TULLIO ASCARELLI, *Premissas ao Estudo do Direito Comparado*, na “Revista Forense”, Vol. 90, 1942, p. 295.

“arquétipos ideais”, como preferia SALEILLES, que serviriam de base para a elaboração das diferentes legislações.

Na verdade, o problema da unificação dos Direitos dos povos de culturas mais ou menos afins vem de longa data. Um Direito unificado — nos dá conta a História — não é de todo utópico, pois um Direito comum já existiu, vigorando em todos os territórios conquistados pelos romanos, tanto na Itália como no Oriente.

Todavia, a partir do século passado, se vêm intensificando as tentativas para a unificação de certos institutos jurídicos. Na América, a questão tem sido objeto de estudos em diversos congressos e, especialmente, nas conferências pan-americanas, como a de Montevidéu de 1933, e a de Lima, em 1938. Nesta última, foi mesmo proposta a unificação de todos os Direitos da América Latina em códigos comuns, enquanto que, na Conferência Internacional de Advogados, realizada no Rio de Janeiro, ERNESTO CORDEIRO ALVAREZ sustentava a possibilidade da elaboração de um Direito latino-americano, afirmando que “los códigos latino-americanos tienen una tradición común y si los comparamos, si bien sus principios no son, diríamos, exactamente iguales, são fundamentalmente semejantes”².

O Código Bustamante, votado em 1928, em Havana, e vigorando em quinze países americanos, constitui notável exemplo das possibilidades de unificação no campo do Direito privado.

No que respeita ao Direito Penal, já em 1902, as Repúblicas centro-americanas firmavam uma convenção visando unificar sua legislação repressiva, especialmente no setor da aplicação das penas. Entre nós, em 1939, quando se elaboravam os projetos de reforma das leis penais do Brasil, Argentina e Chile, HAECKEL DE LEMOS propugnava pela aceitação de um mesmo código para os três países, como passo inicial para a total codificação penal sul-americana. E afirmava: “Não se pode fazer obra de codificação entre

2. MARC ANCEL e outros, *Jornadas Franco-Latino-Americanas de Derecho Comparado*, Uruguai, 1951, p. 88.

países soberanos, se não se inicia a tarefa por suas leis penais, por suas leis de repressão, por suas leis de segurança. Feitas essas, há entre êles um trato, uma aliança, a maior aliança possível — a defesa por igual de suas soberanias, de suas instituições e da própria sociedade. Amparados todos os países por códigos penais iguais, tanto quanto possível unidos pelos laços da defesa jurídica, tudo o mais será relativamente fácil para que tenham tôdas as nações a mesma vista no campo do cenário internacional”³.

Recentemente, noticiou-se que, por iniciativa do Instituto de Ciências Penais do Chile, está sendo elaborado um projeto de Código Penal latino-americano, para o qual foi solicitada a colaboração do Prof. ROBERTO LYRA. Nesse estatuto, segundo ainda as mesmas fontes, mereceriam especial destaque para um disciplinamento unitário, entre outros, dispositivos tendentes a coibir a propaganda de guerra, os preconceitos raciais e religiosos, o abuso do poder econômico, o enriquecimento ilícito, bem como a violação de tratados e imunidades diplomáticas.

Num plano mais amplo, e envolvendo as codificações penais de todos os povos cultos, a unificação de muitos dos institutos penais vem sendo preconizada e recomendada pelas conferências internacionais para a unificação do Direito Penal, não faltando também, nesta ordem de considerações, os esforços isolados de alguns penalistas ilustres, entre os quais o Prof. FRANCESCO CONSENTINI, que, em 1938, elaborou um “Projeto de Código Penal Internacional”, com 1.314 artigos.

3. Julgamos ser perfeitamente correto falar-se em um Direito Penal latino-americano. Efetivamente, não só pelas suas origens como também pela semelhança inequívoca que se observa na maioria de seus princípios e institutos, os códigos penais da região centro-sul das Américas nos

3. HAECKEL DE LEMOS, *Um Código Penal para a América do Sul*, na “Revista de Direito Penal”, Vol. XXIV, Fasc. I, 1939, p. 103 a 104.

mostram apreciável unidade, dificilmente observada em outras regiões do globo.

A maioria desses códigos tomou por base o modelo espanhol da época de sua elaboração, sendo que alguns transcreveram quase que literalmente a lei em que se fundamentaram. O da Bolívia (1834), o mais antigo do continente, é cópia fiel do Código espanhol de 1822; o do Chile (1874) segue o espanhol de 1850, embora de início o projeto tomasse por modelo o Código belga de 1867; os da Nicarágua (1891), El Salvador (1904) e Honduras (1906) acompanham o espanhol de 1870; o de Pôrto Rico (1902) é calcado no estatuto penal da Califórnia, que, como se sabe, é de inspiração espanhola; o do Paraguai (1910), embora com raízes no Projeto Tejedor da Argentina, que se fundamentou no Código bávaro, revela também forte influência das leis repressivas espanholas; o da Argentina (1922), tècnicamente ligado ao Direito italiano, não se afastou de todo do espanhol, pôsto que alguns de seus preceitos, como os relativos à legítima defesa, aos crimes contra a honra e aos delitos patrimoniais, entre outros, são meras cópias dos dispositivos correspondentes na lei penal da Espanha; o do Peru (1924), que tomara por guia o Projeto suíço de Stooss, acabou por seguir o argentino de 1922; o do México (1931) é eclético e não se fixou em nenhum modelo, inspirando-se, todavia, na doutrina dos penalistas espanhóis LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, QUINTILIANO SALDAÑA e EUGÊNIO CUELLO CALÓN, segundo revelam seus comentadores; o de Cuba (1936) fundamentou-se no espanhol de 1928; o da Guatemala (1936) guiou-se pelo espanhol de 1870, embora com preceitos inspirados na reforma espanhola de 1932; e o do Equador (1938), com filiação ao estatuto belga, mantém, entretanto, preceitos inspirados nas leis penais da Espanha.

São de origem francesa os códigos da República Dominicana (1884) e do Haiti (1835), meras traduções do Código de Napoleão de 1810, enquanto que a influência do Direito italiano se fez sentir nos atuais códigos do Panamá (1922) e da Venezuela (1926), através do Código Zanardelli, e no

do Uruguai (1933), que se alicerçou no Código Rocco, embora atenuado pela orientação liberal de IRURETA GOYENA.

O Código do Brasil, por seu turno, ligou-se aos modelos italiano e suíço, embora NÉLSON HUNGRIA, um dos membros da comissão revisora do primitivo projeto, tenha dito “que respigamos para o efeito de algumas retificações nos Códigos Penais suíço, dinamarquês e polonês”⁴.

Em 1830, a América Latina produziu um grande monumento legislativo, o Código Criminal do Império do Brasil. Louvado em tôda parte como um dos mais perfeitos do mundo, foi analisado e comentado nas cátedras dos institutos universitários das nações mais adiantadas, inclusive por MITTERMAYER, em Heidelberg.

Contendo sábias inovações e avançada política criminal, como a adoção do sistema de circunstâncias agravantes e atenuantes para a dosagem da pena, a instituição do dia-multa e do dolo eventual, o Código de 1830 influenciou decisivamente o Código espanhol de 1848, e, através dêste, os de 1850 e 1870. Tendo em conta que êstes últimos estatutos penais serviram de base para a elaboração da maioria dos códigos hispano-americanos, temos que concluir, para glória nossa, que na raiz do Direito Penal da América Latina encontra-se o Direito Penal brasileiro, através da notável obra de BERNARDO PEREIRA DE VASCONDELOS.

4. Se é notória a instabilidade do Direito Penal no seu confronto, principalmente, com as normas do Direito Civil, conforme amplamente demonstrara o Prof. NOÉ AZEVEDO, em tese apresentada ao Congresso Jurídico Nacional de 1943⁵, na América Latina, com exceção do que ocorre na Bolívia, Chile e República Dominicana, que mantêm ainda suas leis repressivas promulgadas no século passado, tal fenômeno assume contornos dos mais expressivos.

4. NÉLSON HUNGRIA, *Novas Questões Jurídico-Penais*, Rio, 1944, p. 30.

5. NOÉ AZEVEDO, *Notas Jurídicas*, S. Paulo, 1941, p. 106. a. 107.

Mal é pôsto em vigor um código e já se iniciam os movimentos objetivando sua substituição ou reforma. E o que é pior: no mais das vêzes, as mudanças são feitas com total subversão em sua orientação filosófica e em sua filiação doutrinária. Com isso, as leis penais não podem cumprir sua tarefa, sendo levadas, desde logo, ao malôgro e ao descrédito, esquecendo-se, como assinala ASÚA, de “que un Código precisa, como los seres humanos y irracionales, una larga etapa de existencia para no frustrar su destino”⁶, pois é fato sabido que uma lei só vive se se aplica.

Pois bem. Na Argentina, onde a falta de estabilidade no campo do Direito Penal é a mais acentuada, desde 1867, quando apareceu o Projeto Tejedor, até os nossos dias, entre tentativas de reforma e códigos promulgados, contam-se nada menos que dezesseis, inclusive o excelente Projeto Soler de 1960. A Venezuela, por sua vez, a partir de 1863, sem contar os projetos rejeitados ou ignorados, pôs em vigor nada menos do que sete códigos. O mesmo se diga do Panamá, Colômbia, Costa Rica, Uruguai, Peru e Brasil, enquanto que nos demais países, embora mais atenuado, tal fenômeno também se observa.

A que atribuir essa acentuada instabilidade reinante nas codificações penais da América Latina?

ASÚA considera a Escola Positiva a principal responsável por êsse desassossêgo que impera, de modo geral, no Direito Penal legislado, afirmando mesmo que “cuando el positivismo deje de pugnar por la reforma legislativa, todos esos males y simulaciones cesarán”⁷.

Entendemos nós que as causas são várias e complexas. Entre elas, deixando de lado as de natureza puramente filosóficas, destacamos, desde logo, o velho costume de confiar-se a um só jurista a elaboração de um código, pois ao invés de fazer um “projeto”, acaba, quase sempre, por organizar um “Tratado”, no qual procura tão-sòmente

6. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos Penales Iberoamericanos*, Vol. I, Caracas, 1946, p. 183.

7. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, p. 186.

difundir suas idéias, esquecido de que um código, na sua promulgação, conforme acentua MARC ANCEL⁸, deve indicar o estado de uma consciência legislativa do país. Por outro lado, a falta de recursos e de estabelecimentos adequados para o cumprimento das medidas que preconizam se têm constituído em fator de descrédito dos estatutos penais, pois impossibilita sua total aplicabilidade. A tudo isso se deve acrescentar, ainda, a razão posta em destaque por CUELLO CALÓN, em seu “Derecho Penal de las Ditaduras”, ou seja, a instabilidade dos regimes políticos que, na América Latina, assume aspectos ainda bem mais graves, a ponto de JOAQUIM NABUCO afirmar, já em 1895, com certa ironia, que seria de grande utilidade a criação nas Universidades americanas de cátedras de Revolução Comparada⁹.

5. Acompanhando e acolhendo, dentro das condições que lhes são próprias, as conquistas do moderno Direito Penal, as codificações latino-americanas não se mostraram insensíveis às reais vantagens que pode oferecer o instituto da individualização da pena, dentro de uma sábia política criminal.

Aceito amplamente por alguns códigos e mais tímidamente por outros; agitando a doutrina e a jurisprudência dos países que, neste século, ainda não alteraram suas legislações repressivas, o problema da adequação da pena à pessoa do delinqüente constitui, sem dúvida, um dos mais notáveis exemplos da vitalidade do Direito Penal Comparado latino-americano.

Realmente, é dos mais expressivos, como teremos oportunidade de verificar, o papel desempenhado pela comparação na formulação dos preceitos dessas legislações relativos ao arbítrio judicial, e que atinge especial relêvo, quando confrontamos os textos dos Códigos Penais vigentes

8. MARC ANCEL, *Les Codes Pénaux Européens*, publié par le “Centre Français de Droit Comparé”, Tomo I, p. x.

9. “Apud” HAROLDO VALADÃO, *O Direito Latino-Americano*, na Revista Jurídica, Pôrto Alegre, Vol. 12, 1954, p. 27.

na Argentina e no México. Os dispositivos da lei mexicana que disciplinam a individualização da pena (art. 52) nada mais são do que meras cópias das disposições equivalentes no Direito argentino (art. 41).

RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, estudando os pontos de contacto existentes nas codificações penais dêsses dois países, conclui por afirmar que o art. 52 da lei penal mexicana “es él mejor ejemplo de institución extranjera trasplantada al Derecho Patrio por via del Comparado”, pôsto que “es reproducción fiel, salvo una que otra palabra o frase metamorfoseadas, del artículo 41, del Código Penal argentino”¹⁰.

De outra parte, o instituto da medida de segurança, também ligado ao problema da individualização na aplicação das sanções, reflete, por igual, o papel saliente atribuído à comparação nos domínios do Direito Penal. O Código de Costa Rica, o mais recente de tôda a América Latina, copiou boa parcela dos preceitos dos Códigos brasileiro e cubano, no que se refere àquele tipo de sanção penal.

II.

O instituto da individualização da pena.

6. O problema da aplicação das sanções penais está na cúpula de todo o Direito repressivo. Íntimamente ligado a êle, e objetivando a adequação da pena tanto ao crime como ao criminoso, encontra-se um dos mais importantes e discutidos institutos do moderno Direito Penal, o da individualização da pena.

É verdade que, no século XVIII, já encontramos uma individualização a disciplinar a tarefa do julgador. Mas esta era, na realidade, uma “individualização social” das medidas repressivas, visto que deveriam ser aplicadas sem

10. RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, *Teoría del Juez Penal Mexicano*, em “Três Ensayos”, México, 1944, p. 16.

qualquer preocupação com as condições psicofísicas do delinqüente, e sim na conformidade com a posição dêste no seio de seu grupo. “Reconhecia-se a desigualdade dos indivíduos — observa PEDRO VERGARA — mas era uma desigualdade exterior, formada pelas diversas categorias sociais, e não uma desigualdade de índole, de caráter, de educação, de inteligência, em suma, de capacidade de delinqüir e de emendar-se”¹¹.

No Livro v das Ordenações do Reino de Portugal, que vigorou no Brasil como lei penal até a promulgação do Código Criminal de 1830, encontramos exemplos os mais expressivos dessa odiosa política criminal. A título de ilustração, citemos êste: “Mandamos, que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada estiver, morra por ello. Porém, se o adúltero fosse Fidalgo, e o marido Cavalleiro, ou Scudeiro, ou adúltero Cavalleiro, ou Scudeiro, e o marido peão, não farão as Justiças nelle execução, até nol-o fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado” (Título xxv).

No início do século passado, entretanto, ao influxo das idéias vencedoras com a Revolução Francesa, e a consequente declaração da igualdade de todos perante a lei, passou-se, em matéria penal, a legislar em sentido opôsto. A defesa das liberdades individuais promovia o rompimento com a tradição do Direito medieval e o arbítrio judicial era erigido à categoria de algo nefasto na perfeita distribuição da justiça. “Para evitar todo e qualquer personalismo — ensina o Prof. NOÉ AZEVEDO — constituiu-se um Direito Penal puramente objetivo. Os seus aplicadores não deveriam preocupar-se com a condição dos delinqüentes e sim com o fato e tôdas as suas circunstâncias. Assim se transformaram os crimes em verdadeiras entidades jurídicas. O juiz julgava o delito e não o delinqüente”¹².

11. PEDRO VERGARA, *Das Penas Principais e sua Aplicação*, Rio, 1948, p. 250.

12. NOÉ AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 113.

O reexame de tal situação não tardou a preocupar os penalistas. Por volta de 1870, a Escola Positiva passou a comandar a reação. A finalidade principal da pena se deslocaria da idéia de castigo para a de reeducação do delinqüente. Em vez de proporcionada ao mal do crime, condicionada à recuperação daquele que lhe deu causa. “Primeiro o homem, depois o delito”, segundo a fórmula defendida por FERRI.

O fundamento do direito de punir fugindo, assim, à proporção apriorística entre o mal do crime e o mal da pena, dava ensêjo à reformulação de todos os critérios vigóntes na aplicação das medidas repressivas. “Cuidouse, então, — ensina o Prof. BASILEU GARCIA — de atender às condições particulares do criminoso, à sua individualidade física, antropológica, moral. Alastrou-se a convicção de que o juiz deveria ter poderes para individualizar as sanções, considerando o delinqüente como uma realidade viva”¹³. Era a volta ao arbítrio judicial na cominação das penas, porém sem o personalismo odioso que o caracterizava no passado, mas, retemperado à luz das modernas conquistas da ciência penal, como instrumento poderoso a impulsionar as mais avançadas codificações.

7. Segundo a clássica divisão de SALEILLES¹⁴, a individualização da pena se desenvolve, ou deve desenvolver-se, em três planos: o legal, o judicial e o administrativo. Alguns códigos chegam a mencionar expressamente a necessidade de encarar-se o problema da individualização das sanções sob êsse triplo aspecto, como acontece com o do Uruguai, conforme se lê em sua Exposição de motivos.

A individualização legal da pena, preleciona o Prof. FREDERICO MARQUES, é “a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies deli-

13. BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, Vol. I, Tomo II, 3.^a Ed., S. Paulo, 1956, p. 462.

14. RAYMOND SALEILLES, *L'Individualisation de la Peine*, 3.^a Ed., Paris, 1927, p. 12.

tuosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinado”¹⁵.

Na opinião do próprio SALEILLES, uma pura individualização legal não pode existir na realidade, com o que concorda SOLER, ao afirmar que “tiene valor muy relativo la frase individualización legislativa”, pois “la ley, claro está, debe conservar siempre su carácter de principio abstracto y genérico, y siendo así, não puede ir más allá de separar genéricamente categorías de hechos y de sujetos”¹⁶.

Para contornar a situação, o professor cubano ARMANDO M. RAGGI Y AGEO propõe, como mais viável, o sistema que denomina de “organização legal da individualização judicial”, visto que “la ley no suministra más que elementos de apreciación y sus bases muy amplias, dejando ao juez el cuidado de hacer un estudio especial de cada individuo”¹⁷

São, pois, na lei, elementos individualizadores aquêles que, não obstante correspondam a um mesmo fato delituoso, determinam conseqüências distintas, segundo o sujeito que o haja cometido.

Esta forma de individualização, que é feita sempre em abstrato, assume, entretanto, contornos mais expressivos em certos casos, como, por exemplo, quando o legislador autoriza a concessão da suspensão condicional da pena de reclusão ao condenado menor de vinte e um anos ou maior de setenta, se a condenação não fôr por prazo superior a dois anos.

A individualização legal absoluta, tão ao sabor dos códigos de inspiração clássica, com as penas tarifadas e aprioristicamente previstas para cada caso possível, não

15. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Vol. III, S. Paulo, 1956, p. 236.

16. SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Buenos Aires, 1951, p. 470.

17. ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, *Derecho Penal Cubano*, 1.º Vol., Havana, 1938, p. 187.

corresponde à moderna orientação do Direito Penal, e, por isso, vem sendo, a pouco e pouco, banida das diversas codificações, que pretendem, na cominação das sanções, colocar em igual nível tanto o delito como o delinqüente.

8. O legislador deve oferecer os critérios gerais, deixando ao juiz, com seu prudente arbítrio, a tarefa principal de aplicar a pena em concreto, atendendo às condições especialíssimas de cada caso. Nisto consiste a individualização judicial da pena.

O mesmo delito não é cometido de forma idêntica por dois sujeitos distintos, em oportunidades diversas. Em todos os casos, variarão não só o móvel do crime, como também os antecedentes pessoais, o estado de saúde, a situação econômica, etc., mesmo que os efeitos de ambos, objetivamente, sejam semelhantes.

A individualização da pena, por isso, explica o Prof. FREDERICO MARQUES, “tem de ser equacionada de maneira integral, de forma a compreender em seu âmbito o aspecto objetivo do crime, como fato violador de um bem jurídico penalmente tutelado, e a pessoa do delinqüente”¹⁸. Sòmente nessas condições será possível a realização de uma perfeita justiça criminal, ou seja, a de “retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”, segundo a fórmula defendida por NÉLSON HUNGRIA¹⁹.

A personalidade do delinqüente há de ser um dado básico para a individualização da pena. Todavia, a livre convicção do julgador não pode fixar-se de modo exclusivo nos elementos biopsíquicos da pessoa humana. O órgão judicante, numa síntese tão difícil quanto necessária, deve fazer a justa adequação desses requisitos à situação de fato do crime, tendo em conta, ainda, os motivos e as diversas circunstâncias peculiares a cada caso em concreto.

18. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 235.

19. NÉLSON HUNGRIA, *O arbítrio judicial na medida da pena*, na “Revista Forense”, Vol. LXXXIX, Rio, 1942, p. 5.

Nessas condições, a tarefa do juiz se reveste da maior importância no Direito Penal moderno. “Já não será um intérprete escolástico da lei, um aplicador da justiça tarifada, um órgão de pronunciamento automático de fórmulas sacramentais — como observa NÉLSON HUNGRIA —, mas uma consciência livre a regular direitos”²⁰. Por isso, a responsabilidade do juiz, adverte, por seu turno, RAUL BARBOSA, “multiplicou-se na mesma proporção em que se lhe conferiu o arbítrio. A investigação judiciária deve ser minuciosa, colhendo todos os elementos informativos relacionados com o crime e o criminoso”²¹.

9. A individualização administrativa é a que se dá na fase de cumprimento da pena imposta pelo magistrado. Na opinião de SIRACUSA²², é nessa oportunidade que o princípio da individualização da pena se revela como admirável conquista da legislação moderna.

É sob as vistas da administração carcerária que a personalidade do delinqüente vai mostrar-se em tôdas as suas mínimas facetas, muitas das quais podem ter fugido à percepção do próprio julgador. Nesse sentido, observa SALEILLES²³ que a individualização judicial não passa de um diagnóstico, pôsto que o remédio será dado pela administração penitenciária, à qual se deve conferir certa iniciativa.

Intimamente ligado ao problema da individualização administrativa da pena está o da sentença indeterminada, que é acolhida, entre outros, por SALEILLES e ASÚA. Consiste em negar ao juiz a faculdade de fixar “a priori” a duração da pena, cabendo a êle, tão-sòmente, declarar a culpabilidade do acusado, mandando-o à prisão. A duração da pena

20. NÉLSON HUNGRIA, *art. cit.*, p. 10.

21. RAUL BARBOSA, *A individualização da pena no Código Penal*, em “Direito”, Ano IV, Vol. XXIII, p. 106 e 107.

22. FRANCESCO SIRACUSA, *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milão, 1935, p. 109.

23. RAYMOND SALEILLES, *ob. cit.*, p. 134 e 346.

ficará a critério da administração penitenciária, que a fará cessar desde que se torne supérflua.

PAUL CUCHE²⁴ entende que a sentença indeterminada é a própria individualização administrativa da pena, pois, repetindo ensinamento de SALEILLES, considera que na indeterminação da pena está a sua verdadeira individualização.

Segundo ainda CUCHE, a origem da sentença indeterminada prende-se a velhas organizações religiosas, visto que certos tribunais eclesiásticos impunham condenações à prisão com duração indeterminada, até que o culpado manifestasse arrependimento. Nos tempos atuais, explica BATISTA DE MELO que a indeterminação da pena “é novidade criada pela Escola Positiva”²⁵. No Direito Penal comum, seu mais antigo defensor foi ROEDER, na Alemanha, que, em obra publicada em 1839, lançara o germe da sentença indeterminada, embora não tivesse usado a expressão hoje consagrada, de acôrdo com a lição do Prof. BASILEU GARCIA²⁶. Mas seu verdadeiro idealizador e aplicador, com as características de que se reveste atualmente, foi ZACHARIAS R. BROCKWAY, o qual, em 1860, como diretor da “Casa de Correção de Détroit”, induzira a Assembléia Legislativa de Michigan a votar a primeira lei instituindo a sentença indeterminada, que, ao depois, seria aplicada com inteiro êxito no reformatório modelo de Elmira.

Todavia, mesmo sem a sentença indeterminada, a individualização administrativa pode perfeitamente realizar-se através de decisões complementares permissíveis na maioria das legislações modernas, na fase executória da pena, e consistentes nos institutos do “sursis”, do livramento condicional e do perdão judicial, além da indulgência soberana. As medidas de segurança, por seu turno, sujeitas à fiscalização judicial tanto no decorrer do prazo mínimo com que

24. PAUL CUCHE, *Traité de Science et de Législation Pénitentiaire*, Paris, 1905, p. 27.

25. BATISTA DE MELO, *Das Sentenças Indeterminadas*, na “Revista dos Tribunais”, Vol. 100, p. 8.

26. BASILEU GARCIA, *ob. cit.*, Tomo I, p. 71.

são cominadas, como também ao término dêste, e que podem, ainda, ser aplicadas por decisão proferida durante o cumprimento da pena, constituem remédio salutar no tratamento penitenciário do delinqüente.

Nestas condições, estamos de acôrdo com o Prof. FREDERICO MARQUES, quando afirma que “a finalidade individualizadora que se pretende conseguir com a sentença indeterminada, para submeter-se o condenado ao tratamento penal exigido pelas suas condições pessoais, é obtida, com melhores resultados e de maneira mais completa e racional, com as medidas de segurança. A indeterminação do prazo dessas providências penais destinadas sobretudo à prevenção especial, realiza o escôpo da sentença indeterminada sem prejudicar os fins retributivos das sanções penais, uma vez que são cumpridas depois de executada a pena e enquanto perdurar o estado perigoso do delinqüente”²⁷.

III.

A individualização judicial da pena no Direito Penal Comparado latino-americano.

10. Sendo, como é, o arbítrio judicial o pressuposto fundamental da individualização da pena, cuidaremos, em primeiro lugar, neste capítulo, das codificações latino-americanas que concedem boa margem de liberdade ao juiz na cominação das sanções. São poucas e constituem boa parte das que, nos últimos tempos, experimentaram amplas reformas em sua estrutura, ajustando-se às modernas conquistas do Direito Penal.

Nos capítulos seguintes, trataremos, em linhas gerais, das legislações que ainda se apegam a uma rígida individualização legal, e, a final, procuraremos surpreender nos diversos códigos da América Latina os dispositivos que

27. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 241 e 242.

pretendem realizar a individualização administrativa da pena ou que se liguem, por esta ou aquela maneira, às exigências dêste instituto.

1. Argentina.

11. O Código Penal argentino, promulgado em 29 de outubro de 1921, e em vigor a partir de 29 de abril de 1922, fundamentou-se, em suas linhas gerais, no Projeto Rodolfo Moreno, elaborado em 1917.

Num país onde a instabilidade legislativa é das mais notórias, êsse diploma repressivo vem resistindo galhardamente às várias tentativas de reforma, que começaram a surgir dois anos após sua promulgação. Sua aparição quase que simultânea com o Projeto Ferri de 1921 e a orientação nitidamente positivista predominante nas cátedras das universidades argentinas, propiciaram, desde logo, a eclosão de um movimento reformista, através dos chamados “projectos de estado peligroso”, de 1924, 1926, 1928 e 1930, que não lograram, todavia, nenhum êxito. Efetivamente, uma das críticas que mais freqüentemente se faz à lei penal de 1922 é a de que, sendo um código moderno, consagra apenas tímida e prudentemente o problema da periculosidade, sem acolher, talvez por isso mesmo, as medidas de segurança.

A aplicação das sanções penais se distribui no Código argentino através dos artigos 35, 37, 40, 41, 44 a 48 e 50 a 58, enquanto que a individualização judicial da pena tem seu assento nos artigos 40 e 41, que são unânimemente considerados os textos básicos da lei.

Diz o artigo 40: “En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.”

E o artigo 41: “A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1.º — La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados.

2.º — La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima e de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Como se vê pela simples leitura dêsses dispositivos, a individualização judicial da pena foi amplamente acolhida pelo legislador argentino, traduzida no expressivo arbítrio concedido ao juiz, o que levou o jurista patricio RAUL BARBOSA a afirmar que, “nesse sistema, o arbítrio judicial só encontra limite na cominação legal da pena. É a preeminência do arbítrio judicial”²⁸.

SOLER observa que, da análise do texto individualizador, se conclui que “la adaptación de la pena se produce, pues, por medio de un doble proceso en el cual se aprecian, primero, los aspectos objetivos del hecho mesmo; después, las circunstancias, las calidades del autor y, entre éstas, debe, incluirse las circunstancias de las que pueda inducirse un criterio acerca de la probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir”²⁹.

No art. 40, estabelece o legislador argentino que a fixação da pena deverá atender às circunstâncias atenuantes ou agravantes próprias de cada caso, remetendo, em seguida, ao art. 41, que lhe dá a necessária complementação.

28. RAUL BARBOSA, *art. cit.*, p. 112.

29. SEBASTIAN SOLER, *ob. cit.*, p. 474.

Observa-se, desde logo, que o Código argentino não segue o sistema geralmente adotado pela maioria das codificações contemporâneas, pois não consagra em artigos próprios as enumerações especificativas de circunstâncias atenuantes e agravantes, preferindo a forma ampla e menos casuística dos mencionados dispositivos.

MARIO M. MALLO, acolhendo observações de EUSEBIO GÓMEZ, entende que “las disposiciones sobre agravantes y atenuantes consagradas en nuestra ley con la amplitud que hemos visto constituyen el mayor acierto del legislador argentino, pues permite aproximarse al ideal de la adaptación de la pena al delincuente”³⁰.

O art. 41 contém incisos que correspondem, respectivamente, à natureza do ato delituoso, à personalidade do delinqüente, às condições do ambiente social e familiar em que vivia o sujeito ao cometer a infração, bem como a maneira pela qual o órgão judicante deve apreciar os elementos objetivos e subjetivos do evento danoso. Com esta virtude, a primeira parte se ocupa da natureza da ação (não se refere à omissão, como o faz o artigo correspondente no Código mexicano) e dos meios utilizados para a sua execução, bem como dos resultados advindos do ato delituoso. A segunda parte reúne uma série de condições ligadas à pessoa do autor do delito (sem fazer alusão ao sexo, como julgam preferível alguns autores) e às circunstâncias que determinaram o ato danoso, terminando por exigir do juiz que tome conhecimento direto e de viso (esboço do princípio da identidade física do juiz) das pessoas que participaram da ação e das demais circunstâncias, de acôrdo com cada caso, a fim de que sua convicção não se forme apenas através das páginas do processo.

A redação dada aos questionados artigos não tem escapado à crítica de alguns penalistas mais exigentes. RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, professor mexicano, entre outros, entende que “el artículo 41 del Código Penal argentino, no

30. MARIO M. MALLO, *Código Penal Argentino Comentado*, Tomo I, Buenos Aires, 1948, p. 272.

obstante sus indudables aciertos, no es un modelo imposible de superar. Se advierten en él materiales dispersos sin ordenación ni sistema internos; a veces hasta gruesas impropiedades del lenguaje que son como actos fallidos por los que se denuncia todo un régimen social: así cuando se habla de la “calidad” de las personas, palabra emparentada con la idea de dignidad, nobleza y aristocracia de sangre”³¹.

A individualização da pena de multa é prevista no art. 21 da lei penal argentina, devendo o juiz estabelecer a maneira pela qual o condenado deverá pagá-la, tendo em conta sempre a sua situação econômica.

12. A individualização judicial da pena tal como foi acolhida pelo Código Penal da Argentina tem sido objeto de várias objeções, algumas, aliás, bem severas.

Dentre os comentadores dessa lei, destaca-se pelo rigor com que apreciou suas inovações, principalmente em seus êrros e defeitos técnicos, o Prof. JUAN P. RAMOS, da Universidade de Buenos Aires. Em várias passagens de suas obras, o mestre argentino procura demonstrar que “es falso que el código se base realmente en el principio de la individualización de la pena”³². E pergunta, depois de citar os artigos 40 e 41: “Como se puede individualizar todo eso con dos penas que siempre fueron una sola en el fondo? Como se puede individualizar la pena de los más peligrosos delinquentes contra la propiedad, si en todos los delitos contra la propiedad no hay más que una sola pena, la de prisión? Como se puede individualizar la pena en estos delitos que son los más abundantes en un país moderno, si el código de 1922 no tiene sino los mismos máximos y mínimos de penas que el código que derogó?” E prossegue nesse diapasão, para, ao depois, perguntar: “Donde está, pues,

31. RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, *art. cit.*, p. 18.

32. JUAN P. RAMOS, *Curso de derecho penal*, 2.^a Parte, Tomo IV, Buenos Aires, 1937, p. 85 e segs. e “*Errores y Defectos Técnicos del Código Penal*, na Revista de Psiquiatria y Criminologia, Buenos Aires, 1936.

la individualización de la pena?”, e, a final, responder: “En las palabras de la exposición de motivos. Pero no en la realidad del código ni en la realidad de su aplicación”³³.

O Prof. BASILEU GARCIA, apreciando as objeções formuladas por JUAN P. RAMOS à lei penal argentina, as julga de inteira procedência, pois considera que “o legislador não procurou ajudar o juiz a lidar com as circunstâncias apuradas em cada caso. Influenciado em demasia pelos sarcasmos da Escola Positiva à dosimetria penal, deliberou extremadamente suprimi-la, esquecido de que a medida e a proporção também servem para o equilíbrio da justiça”³⁴.

Entendemos nós que, se o dispositivo individualizador não está em perfeita sintonia com a estrutura geral do Código, isso se deve atribuir ao fato de que o estatuto penal de 1922 representa um brusco rompimento com um longo passado vivido sob a influência direta dos penalistas da Escola Clássica. Sendo, como é, uma lei de transição, teria fatalmente que sofrer as conseqüências das inovações que acolheu.

Tais falhas, entretanto, não são de molde a comprometer todo o sistema do código, visto que tem merecido expressivos encômios de juristas do porte de EUSEBIO GÓMEZ, SALDAÑA e ASÚA. Este último considera mesmo que o dispositivo individualizador “es donde el Código argentino ha logrado mayores aciertos, mereciendo plácemes superlativos”³⁵.

Para conjurar êsses e outros inconvenientes de seu Código, dispõe a nação argentina de um notável estudo de lei repressiva, onde o equilíbrio de seus dispositivos supera tudo quanto já se programou, naquele país, em matéria

33. JUAN P. RAMOS, *art. cit.*, p. 242 e 243.

34. BASILEU GARCIA, *Soluções penais da repressão ao crime de morte*, tese, S. Paulo, 1938, p. 95.

35. “Apud” BASILEU GARCIA, *Soluções penais da repressão ao crime de morte*, p. 95.

penal. Trata-se do “Anteproyecto Soler” que, remetido ao Congresso argentino em 1960, lá permanece esquecido, aguardando que o legislador se disponha a examiná-lo, antes que o govêrno, como sóe acontecer nesta região das Américas, acabe por “encomendar” outro “projeto” para a Argentina.

2. Brasil.

13. O Código Penal do Brasil, promulgado em 7 de dezembro de 1940 e em vigor a partir de 1 de janeiro de 1942, baseou-se no Projeto Alcântara Machado, que recebeu substanciais modificações através da comissão revisora. É um diploma de posição eclética, o que se depreende da própria Exposição de motivos, na qual se afirma expressamente que “nele os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”.

Se tem, na verdade, indiscutíveis méritos, o Código de 1940, por outro lado, apresenta não poucos defeitos, que impossibilitam seja considerado uma lei à altura das melhores tradições do Direito brasileiro.

Em nosso país, o instituto da individualização da pena mereceu acolhida não só das leis penais em vigor como também da própria Carta Magna. O Código Penal de 1940 inscreveu-o entre suas mais importantes inovações, através de seu art. 42, que concede razoável arbítrio ao juiz na cominação das sanções; o Código Penal Militar de 1944 nada mais fez do que repetir em seu art. 57 as mesmas disposições daquele artigo da lei penal comum; e a Constituição Federal de 1946, por fim, contemplou a individualização da pena, em seu art. 141, § 29, entre os direitos e garantias individuais, ao preceituar: “A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu”.

Por outro lado, objetivando a aplicabilidade do art. 42, nosso Código de Processo Penal, em complemento, no seu art. 157, acolheu o princípio da “livre convicção” do órgão

judicante no manejo das provas, enquanto que a jurisprudência dos nossos tribunais já tem decidido pela anulação de processos em que se não faz a necessária individualização da pena (Sup. Trib. Federal, Acórdão de 11-6-1956, no H. C. 32.055, entre outros).

São êsses os recursos de que dispõe o instituto da individualização da pena entre nós, para proporcionar uma justa e acertada orientação na aplicação das sanções penais.

14. A introdução da individualização judicial da pena no atual Código Penal brasileiro foi saudada pelo nosso mundo jurídico como sua maior conquista, ao lado das medidas de segurança. ROBERTO LYRA considera mesmo o art. 42 como “o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como também pela conquista em que importa para a evolução do nosso Direito Penal”³⁶. Outra não foi a opinião do Prof. BASILEU GARCIA, quando no 1.º Congresso Nacional do Ministério Público, reunido em S. Paulo, logo após o início da vigência de nosso estatuto penal, se discutia o dispositivo individualizador: “Na verdade, não há problema mais importante para o Código Penal brasileiro de 1940. Foi sob a bandeira da individualização da pena que êsse estatuto criminal apareceu em nosso cenário jurídico como um dos mais adiantados. Foi defendendo êsse princípio, pelo qual tanto propugnaram os escritores positivistas, que especialmente se firmou o prestígio do nosso Código Penal”³⁷.

No mesmo sentido, a manifestação de outras ilustres expressões de nossa cultura jurídica, e mesmo do exterior.

Diz o art. 42: “Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo

36. ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, Vol. II, 2.^a Ed., Rio, 1955, p. 187.

37. *Anais do 1.º Congresso Nacional do Ministério Público*, 2.º Vol., S. Paulo, 1943, p. 248.

ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I — determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II — fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável”.

Mais sóbrio e menos casuístico que a maioria dos dispositivos que disciplinam a matéria em outras codificações, pois o nosso Código contempla, ao depois, em artigos próprios, os elencos de circunstâncias atenuantes e agravantes, o critério individualizador do mencionado artigo, como assinala NÉLSON HUNGRIA, “não proclamou o puro arbítrio do juiz. Ficou a meio caminho entre os dois sistemas opostos, o da liberdade máxima e o da legalidade rígida”³⁸. Preferiu o regime da cominação relativamente determinada, no qual são fixados os limites de quantidade e qualidade, dentro dos quais o juiz dosará convenientemente a pena a ser aplicada em cada caso em concreto.

O art. 42 contém os elementos subjetivos e objetivos com os quais o juiz deve regular seu arbítrio. Antes de tudo, necessita atender aos antecedentes e à personalidade do autor, pois “o delinqüente — adverte o Prof. NOÉ AZEVEDO, acolhendo pensamento de SPALDING e BARROWS — deve ser encarcerado não pelo que fêz, mas pelo que é”³⁹.

A vida progressa e o conjunto dos fatores biopsíquicos que compõem sua personalidade, segundo ROBERTO LYRA, devem ser atendidos “no sentido mais amplo, mais denso e mais profundo”, pois o juiz deve ver sempre “que, se o julgamento se baseia no passado, a pena visa ao futuro”⁴⁰. Por isso mesmo, ao fazer o levantamento da vida anterior do réu não deve o juiz limitar-se à verificação dos antecedentes judiciais ou policiais, aos processos ou às condenações anteriores. A expressão “antecedentes” contida no art. 42 tem de ser entendida no seu sentido mais amplo,

38. NÉLSON HUNGRIA, *art. cit.*, p. 7.

39. NOÉ AZEVEDO, *O Novo Projeto do Código Penal*, na “Revista dos Tribunais”, Vol. 64, 1927, p. 7.

40. ROBERTO LYRA, *ob. cit.*, p. 215 e 216.

incluindo — o que, infelizmente, não tem sido levado na devida consideração entre nós — a pesquisa e a análise da vida familiar, econômica, profissional e social do delinqüente.

Refere-se a lei, em seguida, à intensidade do dolo ou ao grau da culpa, como elementos sujeitos à avaliação do juiz. Distingue-se, na doutrina, o dolo de ímpeto do dolo premeditado, sendo aquêles menos grave que êste. O Código entretanto, não contemplou a premeditação no rol das circunstâncias agravantes, o que não impede que seja levada em conta pelo órgão judicante, integrando-a nas disposições do art. 42, como forma reveladora de maior intensidade do dolo, conforme consenso geral.

Alude, ainda, o Código aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime. O motivo, elemento indicador da maior ou menor periculosidade do agente, dado que, consoante observa MAGALHÃES NORONHA, “a gravidade do crime reside principalmente nele, pois tem o condão de transformar um delito execrável em tolerado”⁴¹, tem, depois, suas formas mais graves relacionadas entre as circunstâncias agravantes.

As circunstâncias em seus vários matizes, compreendendo o tempo, o lugar, os meios empregados, a maneira de agir, etc., são também elementos de relevância para a aferição da gravidade do delito. Neste particular, divergem os comentadores do Código de 1940. Enquanto que para uns as circunstâncias previstas no art. 42 são apenas as judiciais, não incluindo as contempladas nos arts. 44 a 48, outros entendem que as chamadas circunstâncias legais também ali se compreendem.

Por fim, o julgador deve atender às conseqüências do ato criminoso, através da gravidade do dano ou perigo de dano, não só em relação à vítima, como também com referência à sociedade, ao ambiente em que se desenvolve.

41. EDGARD MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 1.º Vol., S. Paulo, 1959, p. 316.

Ressalvada a primazia dos elementos de índole subjetiva (art. 49), o exame de todos êsses elementos deve ser unitário, pois o juiz não pode dar mais ênfase a alguns em detrimento de outros, no cumprimento de sua tarefa individualizadora.

A interpretação do Código em matéria de aplicação da pena não tem sido uniforme. Os autores divergem a respeito da ordem em que devem ser atendidos os elementos e circunstâncias do art. 42, no seu confronto com as circunstâncias chamadas legais, dos arts. 44 a 48. O âmbito dêste trabalho, todavia, não comporta o exame dessas divergências.

No que respeita à pena de multa, o juiz não deve fugir ainda às disposições do art. 42, embora seja o artigo seguinte a sede da individualização da pena pecuniária. O art. 43 determina que, na graduação desta pena, seja atendida a situação econômica do acusado, autorizando, entretanto, o juiz até a triplicar o máximo cominado, quando fôr insuficiente em relação às posses do réu.

15. A individualização judicial da pena, da maneira com que vem sendo praticada no Brasil, não tem correspondido aos aplausos com que sua inclusão em nosso estatuto repressivo foi recebida pelo mundo jurídico.

O Prof. BASILEU GARCIA, que, em sua tese de concurso, formulara votos no sentido de que “o nôvo Código Penal do Brasil não contribua para a insegurança da repressão criminal, que a tanto equivalerá a incerteza dos critérios de aplicação da pena”⁴², não pôde esconder, em suas “Instituições”, publicadas quando o Código de 1940 já havia cumprido mais de 10 anos de existência, seu desencanto pelas soluções dadas na prática ao problema, diante da falta de aparelhamento material em apoio dos critérios legislativos. Afirma o mestre: “Substituímos, pois, o sis-

42. BASILEU GARCIA, *Soluções penais da repressão ao crime de morte*, p. 98 e 99.

tema legislativo, mas continuamos com as mesmas deficiências do tempo da Consolidação das Leis Penais. Criamos a função, sem ter o órgão, e, por isso, a função não opera. Assim, a individualização penal, em nosso meio, prossegue na ordem quase exclusivamente teórica. A imposição da pena, que deveria ser mais sábia, com o caráter científico suposto no Código, é tão-só mais incerta, mais variável, mais insegura, do que no mecanismo precedente”⁴³.

ANTÔNIO DE BRITO ALVES, em trabalho sugestivamente intitulado “Artigo 42, Esse Grande Desconhecido”, alinha interessantes considerações em torno da orientação que se vem dando à aplicação do questionado artigo de nossa lei penal. “Entendemos — diz êle — que, em geral, não se tem dado ao art. 42 do Código Penal a especial relevância que êle possui na paisagem dos estudos penais modernos. Na melhor das hipóteses, a sua aplicação vem sendo feita apressada e defeituosamente, fato, sem dúvida, estranhíssimo se atentarmos para a circunstância de estar tôda a matéria da aplicação da pena subordinada aos critérios expressamente fixados no dispositivo em questão”⁴⁴.

Efetivamente, sendo obra de juizes, pois dos quatro membros da comissão elaboradora três pertenciam à magistratura, era de esperar-se que os nossos julgadores atendessem melhor aos requisitos do art. 42, diante de cada caso em especial. Tal, entretanto, não tem acontecido. Sem fazer uso dos poderes mais ou menos amplos que lhes foram concedidos, os magistrados brasileiros, ou por apêgo às regras do passado, ou por sentirem-se temerosos em fazer valer seu arbítrio, via de regra, escolhem as soluções mais brandas, desprezando as circunstâncias que ensejariam o agravamento da pena.

Em relação à pena pecuniária, observa-se o mesmo comportamento. Apesar de se acharem totalmente desatua-

43. BASILEU GARCIA, *Instituições*, Tomo II, p. 462 e 463.

44. ANTÔNIO DE BRITO ALVES, *Artigo 42, Esse Grande Desconhecido*, na “Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia”, N.º 3, 1954, p. 213.

lizadas, em face do ritmo inflacionário que vem destruindo progressivamente nossa moeda, as multas previstas no Código Penal são, quase sempre, cominadas em seu limite mínimo.

3. Colômbia.

16. O Código Penal da Colômbia foi sancionado em 24 de abril de 1936, tendo entrado em vigor a partir de 1 de janeiro de 1937. Com êle, que se prende ao Projeto de 1925, com dispositivos transcritos diretamente do Projeto Ferri de 1921, foi derogado o velho estatuto penal de 1887, que vinha resistindo às várias tentativas de reforma.

A orientação dada à lei penal colombiana parece que também não correspondeu aos anseios dos juristas daquele país. MÁRIO GARCIA HERRERO, um dos seus mais ilustres comentadores, entende mesmo que “el Código actual encarna una miscelánea de critérios que, por carecer de seguros e profundos basamentos filosóficos, ha dado lugar a que muchas de sus normas se presenten como secuela transactiva sin concierto alguno en vez de como definida resultante de unívoca concepción científica”⁴⁵.

A aplicação das sanções penais ocupa os arts. 16 a 22, 27, 28, 31 a 34 e 36 a 40. Acolhe também as medidas de segurança, mas em várias passagens comete lamentáveis erros técnicos, pois usa o termo pena ao referir-se àquelas providências.

A individualização judicial da pena tem acolhida no art. 36, que estatui: “Dentro de los limites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”.

45. MÁRIO GARCIA HERRERO, *El Nuevo Código Penal Colombiano*, na “Revista de Identificación y Ciencias Penales”, Vol. 20, 1943, p. 313.

PEDRO VERGARA⁴⁶ considera o art. 36 do Código colombiano de uma sobriedade só comparável à do nosso estatuto penal, enquanto que os juristas daquele país alçam o dispositivo em questão à categoria de fundamental em sua lei.

Verifica-se, de pronto, a preocupação do legislador colombiano em circunscrever o arbítrio judicial aos limites legais, para, ao depois, cuidar do elemento objetivo e, finalmente, atender aos aspectos subjetivos do ato delituoso.

Não há opção qualitativa por parte do juiz na cominação da pena, mas tão-sòmente quantitativa, no que vai além do próprio Projeto Ferri. Tal restrição tem merecido algumas críticas, entre as quais as de EDUARDO FERNANDEZ BOTERO. Entende aquêle jurista que seria “el ideal de que la pena fuesse proporcionada en calidad y cantidad al delincuente mismo para que se produzcan los efectos en la relación con quién ha de ser sancionado y se diferencie a dos autores de un mismo hecho, así como el tratamiento médico diferencia dos organismos afectos del mismo mal”⁴⁷.

A personalidade do delinqüente merece especial atenção do art. 36, no que é complementado pelos dispositivos seguintes que, em 28 alentados itens, cuidam das “circunstancias de mayor o menor peligrosidad”. Já na Exposição de motivos se vê firmada essa orientação, ao justificar “la adopción de disposiciones que exijan el estudio del delincuente como personalidad antisocial y permitan la aplicación de las sanciones, teniendo en cuenta, principalmente, no solo la objetividad de los hechos considerada materialmente, sino los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad de éste”.

Quanto à pena de multa, dentro dos limites e condições prefixadas pelo art. 50, deverá ser “proporcionada a las

46. PEDRO VERGARA, *ob. cit.*, p. 265.

47. EDUARDO FERNANDEZ BOTERO, *Estudios sobre el Código Penal Colombiano*, em “Estudios de Derecho”, N.º 7, 1941, Medellin, p. 78.

condiciones económicas del condenado y a la gravedad de la infracción”.

17. Todavía, como sóe acontecer, a aplicabilidade do artigo individualizador não tem correspondido plenamente. A despeito de terem sido instituídos cursos de especialização jurídico-criminal “y establecer como requisito indispensable para poder desempeñar el cargo de Juez de Instrucción haber seguido y aprobado tales estudios”, como nos dá conta DIEGO MONTANA CUELLAR⁴⁸, a magistratura daquele país não tem levado na devida consideração o mencionado dispositivo.

MÁRIO GARCIA HERRERO, justificando o descaso dos juízes colombianos em relação ao art. 36 de sua lei penal, explica que a Colômbia “carece hasta ahora de los laboratorios necesarios y del personal técnico idóneo para la realización de tal estudio” indispensáveis para fornecer aos magistrados os elementos com que deverão julgar, e que “por otra parte, y aun cuando sea doloroso reconocerlo, el país no cuenta con una organización policiva técnica suficiente a llenar los requisitos que exige el inteligente y meditado proceso previo a que da lugar la aplicación práctica del Código de 1936”. E conclui: “Por tanto, puede afirmarse que la realidad actual en cuanto a la aplicación del nuevo Código Penal se halla reducida a la continuación de los viejos sistemas penales frente a la teórica existência de las nuevas ideas”⁴⁹.

Do mesmo entender é o Prof. GUTIÉRREZ ANZOLA, quando afirma: “Tengo que concluir, aunque doliéndome de ello, que la reforma en general es sólo un romántico esfuerzo por la justicia, pero no una copia palpitante de la realidad colombiana”⁵⁰.

48. DIEGO MONTANA CUELLAR, *La Reforma Penal en Colombia*, em “Criminalia”, 1941-1942, p. 549.

49. MÁRIO GARCIA HERRERO, *art. cit.*, p. 313 e 314.

50. “Apud” MÁRIO GARCIA HERRERO, *art. cit.*, p. 314.

4. Cuba.

18. Cuba foi o último dos países hispano-americanos a derrogar a lei penal que fôra imposta pela Metrópole. Em 4 de abril de 1936, foi aprovado seu atual estatuto penal, o qual entrou em vigência somente em 9 de outubro de 1938.

A reforma foi quase radical, a começar pelo título dado ao novo diploma: Código de Defesa Social. Defendendo-se das objeções que a essa denominação formulara ASÚA, JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ que, como membro da comissão elaboradora do projeto, sugerira e conseguira ver aprovado o novo rótulo do Código cubano, assim o justifica: “Es necesario que exista una lesión al interés social aunque sea mínimo, para que surja la figura característica del delito. En cuanto a la reacción que la sociedad ofrece a la agresión, no debe ser punitiva ni venir inspirada en un propósito arcaico de venganza. Debe ser puramente defensiva. Por eso preferimos la denominación que en definitiva llegó a adoptarse por la reforma”⁵¹.

O Código Penal de Cuba é, realmente, inovador. Estende às pessoas jurídicas a responsabilidade na ordem criminal (art. 16), adota um conceito amplo de “estado peligroso”, e consagra, entre outros princípios, o da “adequación de la pena a la personalidad del delincuente”, oferecendo amplo arbítrio ao juiz na cominação das sanções.

O art. 67 estabelece: “El tribunal, al dictar sentencia, fijará la medida de la sanción que estime justa, dentro de los límites establecidos por este Código para cada caso, conforme a su prudente arbitrio, apreciando las condiciones personales del delincuente, su mayor o menor peligrosidad, los móviles del delito y todas las circunstancias que concurrieren en el hecho, aun cuando estas últimas no se encuentren suficientemente caracterizadas para señalarlas como circunstancias modificativas de la responsabilidad”.

51. JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, Prólogo ao *Derecho Penal Cubano*, de ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, p. 12.

A aplicação das sanções penais se desenvolve, ainda, pelos artigos 23, 24, 30 § último e 66 a 75.

19. A adoção da individualização judicial da pena representa uma das mais efetivas reações do Código de 1936 à velha lei penal vigorante na ilha, que adotava “un sistema impenetrable, cerrado por completo al arbitrio judicial”, com “fórmulas matemáticas inmutables, fundadas exclusivamente en el quantum del delito”, conforme observa ARMANDO M. RAGGI Y AGEO⁵².

O arbítrio judicial, com a amplitude com que foi acolhido pelo Código de 1936, atende às exigências de um estatuto de inspiração político-criminal. Pelo exame do art. 67, verifica-se que o juiz ao prolatar a sentença, deverá levar em consideração, não só o aspecto anti-jurídico do evento, sua qualidade, quantidade e circunstâncias objetivas, conforme o Código anterior, como também e imprescindivelmente: a) as condições pessoais do delinqüente, incluindo sua conduta social e familiar, meios de vida, etc.; b) seu grau de periculosidade, determinado não só pelas condições acima, como também pela sua constituição bio-psíquica; c) os motivos determinantes do delito, com toda a gama de requisitos que o elemento subjetivo pode carrear ao fato concreto; e d) todas as demais circunstâncias que possam ter concorrido para a prática do ato anti-social, mesmo aquelas que não disponham das características necessárias para alterar a responsabilidade do autor do delito. É, pois, dos mais extensos o quadro da livre determinação do juiz cubano, na formação de sua convicção diante de cada delito.

MOISÉS A. VIEITES, todavia, contestou a orientação dada ao estatuto cubano, quando da discussão do projeto. Entendia êle que o Código deveria acolher normas mais de caráter protetor, do que defensivas. Na parte referente à individualização da pena, aconselhava “que al aplicarse el

52. ARMANDO M. RAGGI Y AGEO, *ob. cit.*, p. 227.

arbitrio judicial de acuerdo con la peligrosidad del infractor debían suprimirse en la ley las circunstancias eximentes, agravantes e atenuantes, así como la distinción entre autores, cómplices, encubridores, tentativa, delito frustrado, etc.”⁵³. Todavía, em que pesem juízos discordantes, a lei penal cubana mereceu fartos elogios de eminentes penalistas, entre os quais se incluem FLORIAN e ALTAVILLA.

20. Entretanto, nos dias que correm, assiste-se em Cuba a uma total submissão do Poder Judiciário ao poder político, em face do regime ali vigente, que as excelentes conquistas do Código de 1936 se reduzem a letra morta. Em trabalho recentemente publicado e em elaboração há mais de um ano, intitulado “Cuba e o Império da Lei”, a Comissão Internacional de Juristas, Órgão Consultivo da ONU, condena em termos veementes a situação reinante em Cuba. Depois de afirmar que “todo desenvolvimento deve ser perseguido e obtido através do Império da Lei e não por cima desta”, diz o informe da Comissão: “As reformas sociais e econômicas exigem profundo respeito pelo Império da Lei e, quando criam nova ilegalidade, estão condenadas a provocar mais sofrimento e terminam em absoluto fracasso. A primeira fenda no cimento da liberdade, que não seja devidamente controlada, conduz, tarde ou cedo, à derrubada total do Império da Lei”⁵⁴.

O arbitrio do juiz foi substituído pelo arbitrio do poder político, pois com a exacerbada competência atribuída aos tribunais revolucionários, a Justiça comum tornou-se inoperante, e um novo sistema de repressão penal está sendo pôsto em prática na ilha. A tradição de ordem e respeito à lei, que está no cerne do povo cubano, nos indica que, dentro em breve, o Império da Lei estará restabelecido em Cuba.

53. MOISÉS A. VIEITES, *Mi contribución al actual Proyecto de reforma penal en Cuba*, Havana, 1935, p. 8.

54. *Resumo publicado na Fôlha de S. Paulo*, de 21 de novembro de 1962, 3.^a Secção, p. 1.

5. México.

21. O Código Penal mexicano foi promulgado em 13 de agosto de 1931, não se tendo filiado com exclusividade a nenhuma escola ou sistema. É, por isso mesmo, eclético. Segundo o testemunho de RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO, o estatuto penal mexicano inspirou-se, principalmente, nos tratadistas LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, QUINTILIANO SALDAÑA e EUGÊNIO CUELLO CALÓN, embora seja facilmente reconhecível nêle boa parcela de influência do Direito argentino.

Em razão de dispositivo constitucional vigente no México, os 28 Estados que compõem a Federação passaram a legislar sobre matéria penal, surgindo então diferentes estatutos penais. Este sistema de multiplicidade de códigos é desaconselhável, e como tal vem sendo combatido pelos penalistas daquele país, que desejam a unificação de sua legislação repressiva, a exemplo do que se passou na Suíça, que, tendo deixado aos Cantões a tarefa de elaborar seus códigos, veio a pôr em vigor, em 1942, um Código Penal Federal.

Advirta-se, porém, que o Código de 1931 tem, na verdade, um caráter misto. É a lei penal oficial no Distrito Federal e nos dois territórios da União, mas também tem vigência em todos os Estados para os delitos que envolvam a administração pública federal. Entretanto, na sua íntegra, foi adotado em nada menos que 18 Estados da Federação mexicana.

O sistema de aplicação das penas no Código de 1931 espalha-se pelos artigos 12, 13, 51 a 66 e 73 a 76, enquanto que a individualização judicial da pena tem abrigo nos seguintes dispositivos:

Estabelece o art. 51 — “Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del

delincuente”. E o art. 52, acrescenta: “En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: 1.º — La natureza de la acción o omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido; 2.º — La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; 3.º — Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

RAUL CARRANCÁ Y TRUJILLO considera o art. 52 o texto fundamental do Código de 1931, enquanto que JOSÉ ANGEL CENICEROS, um dos membros da comissão redatora, julga que a “alma de la reforma penal es la ampliación del arbitrio judicial, con el convencimiento profundo de que con él se logra realizar una eficaz individualización de las penas”⁵⁵.

Tendo-se filiado ao sistema argentino em matéria de aplicação da pena, o Código do México diverge, entretanto, em vários pontos, daquele estatuto penal. Assim é que, ao contrário do que se estatuiu na Argentina, acolhe as medidas de segurança, sem, todavia, dar-lhes muita amplitude, e estabelece diversa orientação não só na discriminação das sanções, como também na maneira de cominá-las. Segue, no entanto, o modelo argentino ao limitar-se apenas às circunstâncias do dispositivo individualizador na aferição

55. JOSÉ ANGEL CENICEROS, *El Código Penal Mexicano*, em “Homage a Florian”, México, 1940, p. 257.

dos elementos concorrentes ao crime, sem reunir em artigos próprios as que determinariam a atenuação ou o agravamento da pena.

As disposições do art. 52 estabelecem, respectivamente, ao tipo de ato delituoso, especial atenção do julgador, enquanto que a personalidade do delinqüente e as condições familiares e sociais a êle ligadas lhe segue em importância. Fixa, em seguida, a maneira pela qual o magistrado deve apreciar os elementos objetivos e subjetivos do delito. Assim sendo, ocupa-se, de início, da natureza da ação, referindo-se, inclusive, à omissão, no que não seguiu o modelo argentino, bem como dos meios empregados para a sua concretização e dos resultados do ato delituoso. Nos itens seguintes, trata das condições intrínsecas ligadas ao autor do ato, e das demais circunstâncias ligadas ao crime, terminando por exigir que tome conhecimento direto dos protagonistas e de tôdas as circunstâncias e elementos o juiz aplicador da pena. A parte final do dispositivo, que é uma tentativa para a adoção do princípio da identidade física do juiz, matéria de ordem processual, recebeu complementação através do Código de Procedimientos Penales. “Es el deseo del legislador — explica LUIS GARRIDO — que los jueces penales impartan justicia ya no desde un oscuro despacho, através de la lectura de las diligencias, sino que califiquen del delito y de la pena conseguinte, de acuerdo con el estudio personal del delincuente. Por eso nuestro Código de Procedimientos Penales fija que en todos los casos debe hacerse un estudio biopsiquico del delincuente”⁵⁶.

Como sanções pecuniárias, estabelece o art. 29 do Código mexicano a multa e a reparação do dano. Aquela poderá ser substituída por dias de prisão, quando o condenado não puder pagá-la ou só puder pagá-la em parte. Na sua cominação, que não deve exceder de quatro meses, deverão ser levadas em consideração as condições econômicas do réu.

56. LUIS GARRIDO, *La Doctrina Mexicana de Nuestro Derecho Penal*, em “Criminalia”, 1940-1941, p. 244.

22. Sendo o art. 52 cópia de disposição equivalente no Código argentino, aplicam-se-lhe as críticas já reunidas em torno do art. 41 daquele código. Verifica-se, entretanto, que o legislador mexicano, alertado por aquelas referências à lei argentina, procurou dar uma redação mais precisa ao texto individualizador. É o que nos informa LUIS GARRIDO: “La Comisión tuvo conocimiento que eminentes profesores de la Universidad de Buenos Aires habían analizado con acritud aquella norma. Se le atacaba atribuyéndole imprecisión y falta de criterio. El profesor JUAN P. RAMOS afirmó que no separa las cuestiones de una manera adecuada y que establece el criterio de la peligrosidad y no da a la justicia sino la pena dosificada como única sanción. Por eso, la Comisión, al conocer estas críticas, redactó el artículo 52 conforme a una forma más clara y más sistemática que el Código argentino”⁵⁷.

Tais cuidados revelados pelo legislador mexicano, entretanto, como se vê do simples confronto dos textos das duas leis, não tiveram o mérito de tornar mais preciso o dispositivo individualizador do Código de 1931.

6. Peru.

23. O Código Penal do Peru, promulgado em 28 de julho de 1924, com vigência para o dia imediato, teve por base o Projeto Victor M. Maúrtua, apresentado em 1916, com as modificações introduzidas pela comissão revisora, designada em 1921.

Em sua promulgação, foi saudado pelo mundo jurídico como um dos mais avançados diplomas penais da atualidade. Penitenciando-se do falso juízo que fizera do Código, através da leitura de notícias esparsas publicadas em revista francesa, ASÚA, quando da oportunidade de submetê-lo a exame, não teve dúvidas em afirmar que “el Código del

57 LUIS GARRIDO, *art. cit.*, p. 240.

Perú puede figurar entre los más avanzados documentos legislativos y es uno de los hechos más importantes de la legislación penal contemporánea”⁵⁸.

No Brasil, particularmente, o Código teve ampla repercussão, divulgado que foi pelo próprio autor do projeto, pois, em 1924, MAÚRTUA exercia as funções de representante diplomático de seu país junto ao nosso govêrno.

Realmente, escrito em linguagem simples, sem definições ou preceitos filosóficos, o Código peruano em vigor é uma das mais avançadas leis repressivas de tôda a América, especialmente no capítulo referente à aplicação das penas.

A individualização judicial da pena, sob a epígrafe de “aplicación judicial de las penas”, é feita através dos seguintes dispositivos: Art. 50 — “Los jueces aplicarán la pena adoptando el máximum o el mínimum señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyren necesaria. Deberán expresar en la sentencia los motivos que aconsejen la medida que hubieren adoptado”.

Art. 51 — “Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas o modificadoras del delito:

1.^a La naturaleza de la acción; el tiempo en que se perpetró y el que hubiere trascurrido desde entonces; el lugar, los instrumentos y los medios de que se hubiere hecho uso; la preparación tranquila o la perpetración ocasional; el modo de ejecución y las circunstancias en que ésta se hubiere efectuado; la unidad o la pluralidad de agentes; el número y la importancia o especialidad de los deberes infringidos; la dificultad que hubiere para prevenirse contra el hecho punible; y la extensión del daño y del peligro causados.

58. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Derecho Penal en la Republica del Perú*, 1926, p. 58.

2.^a La edad, la educación, la vida personal, familiar y social del sujeto, anterior y posterior al delito, su situación económica, sus precedentes judiciales y penales, la calidad de los móviles honorables o excusables o innobles o fútiles que lo determinaron a delinquir, las emociones que lo hubieran agitado, su participación mayor o menor en el delito, la reparación espontánea que hubiere hecho del daño, o la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de su carácter”.

Pela simples leitura desses dispositivos, verifica-se que o Código do Peru pode ser considerado o mais minucioso, o mais casuístico, o mais circunstanciado de todos os estatutos da América Latina, em matéria de arbítrio judicial. Nada ou quase nada ficou por estatuir-se no art. 51, diante de acúmulo de elementos, de fatores, de circunstâncias as mais diversas com que o legislador peruano dotou o artigo individualizador.

A faculdade do juiz na cominação da pena, dentro dos limites fixados pela lei para cada caso, consiste, primeiramente, na apreciação da culpabilidade e periculosidade do agente, em face de um conjunto de circunstâncias que incluem fatores inerentes à ação, e mais o tempo, o lugar, o modo, os instrumentos, a premeditação (preparación tranquila), a forma de execução, a pluralidade ou não de agentes, os bens atingidos e o dano causado. Numa segunda etapa, o julgador deverá atender, na formação de seu convencimento, a uma série de fatores diretamente ligados ao sujeito ativo da infração penal, que vão desde suas condições de educação, vida familiar, econômica, social, até os motivos determinantes diretamente do ato danoso que praticou.

Verifica-se, portanto, que o legislador peruano parecer esgotado, nas minúcias com que dotou o art. 51, tudo quanto possa ligar-se à personalidade do delinqüente e ao complexo formado pelos demais elementos, tanto subjetivos como objetivos, do ato criminoso.

24. A promulgação do Código de 1924, conforme salientámos, repercutiu favoravelmente em tôda a América, e, particularmente, no Brasil. O jurista patricio ESMERALDINO BANDEIRA analisando o Código, no início de sua vigência, dizia que a leitura atenta de seu texto o levava “às três seguintes e máximas conclusões: 1.^a) que emancipou êle a mentalidade peruana da tutela póstuma de CARRARA; 2.^a) que o Código tem potencialidade jurídica para viver muitos anos; 3.^a) e que tem valor científico para servir de modelo aos novos códigos”⁵⁹. Quanto ao arbítrio judicial, com a amplitude com que foi acolhido, mostrou-se discreto em seu julgamento, preferindo aguardar que os fatos viessem a confirmar ou não os aplausos que o art. 51 merecera por tôda a parte.

OSCAR DRUMOND COSTA foi, todavia, mais incisivo: “O livre arbítrio judicial é o espírito vivificador do Código peruano”⁶⁰.

Salientam, entretanto, os comentadores, que a magistratura peruana não acolheu com muito agrado o Código de 1924. Fiel aos postulados da Escola Clássica, mal entrou em vigor a nova lei penal, já constituíam os juizes daquele país uma comissão encarregada de reformá-la, principalmente por se oporem à adoção das medidas de segurança e à derrogação das antigas normas para a fixação das penas.

ASÚA, manifestando-se, em obra especialmente dedicada ao estudo do Código do Peru, contrário à pretendida reforma, advertia: “Reformar el Código suprimiendo el arbitrio de los jueces y extirpando de él las medidas de seguridad, es método tan ingenuo como cortar un miembro para acallar el dolor”. E, em seguida, concluía: “Yo me atrevería a aconsejar a los juristas peruanos que mantengan la integridad de su Código, y que orienten la reforma penal en el sentido de organizar una magistratura moderna,

59. ESMERALDINO BANDEIRA, *O Novo Código Penal do Peru*, na “Revista do Supremo Tribunal”, Vol. 72, 1924, p. 759.

60. OSCAR DRUMOND COSTA, *O Novo Código Penal Peruano*, na “Revista dos Tribunais”, Vol. 53, 1925, p. 125.

formada en los conocimientos antropológicos y técnico-jurídicos, y de fundar un sistema penitenciario científico actuado en establecimientos correccionales y bien dirigidos”⁶¹.

7. Uruguai.

25. O Código Penal uruguaio, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1934, foi promulgado em 3 de maio de 1933. É o próprio “Projeto José Irureta Goyena” convertido em lei. Segue orientação político-criminal, com influência direta do Código italiano de 1930, embora mais democrata e liberal, em razão das idéias de seu autor.

Na Exposição de motivos, GOYENA faz uma profecia que, todavia, não se cumpriu: “No me hago ilusiones acerca de la suerte que le está destinada. El Colegio (de Abogados) se ocupará de él; lo estudiará, lo perfeccionará, hará, en suma, todo lo indispensable para que el Parlamento lo transforme en Ley, pero el Parlamento lo dejará envejecer en las carpetas y cuando resuelva prestarle su atención ya no será digno de ella”. Ao contrário de tudo isso, o Projeto, rapidamente e sem emendas, foi aprovado e pôsto em vigência.

O estatuto penal uruguaio tem merecido também fartos elogios de categorizados comentadores. FLORIAN⁶² dedicou-lhe entusiásticas palavras; ASÚA considerou-o tecnicamente correto, embora “seresiente, a veces, de excesivo teoricismo”⁶³; enquanto que o penalista argentino JORGE EDUARDO COLL resumiu sua opinião, afirmando que “la ley uruguaya puede calificarse en la posición doctrinaria adoptada como

61. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Derecho Penal en La Republica del Peru*, p. 59.

62. “Apud” C. SALVAGNO CAMPOS, *Curso de Derecho Penal*, Vol. I, Montevideu, 1941, p. 11.

63. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos*, Vol. I, p. 111.

uno de los Códigos modernos más perfectos, de técnica irreprochable y mejor escritos”⁶⁴.

26. A aplicação das sanções assenta-se nos seguintes artigos da lei penal do Uruguai: 50 a 58 e 86 a 90. O art. 86 é a sede da individualização judicial da pena, com a seguinte disposição: “El Juez determinará, en la sentencia, la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número — sobre todo la calidad —, de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho.

Tratándose de delitos sancionados con pena de prisión, cuando concurran atenuantes excepcionales, el Juez tendrá la potestad de bajar a la de multa que aplicará conforme al inciso precedente”.

Os arts. 87, 88 e 89 cuidam da individualização da pena, respectivamente, nos casos de tentativa, coautoria e participação de cúmplices, complementando, assim, o dispositivo individualizador.

Do exame do art. 86, verifica-se que o juiz é autorizado a aplicar a pena que melhor convier, deixando a qualidade da sanção a seu critério, e advertindo-o, tão-só, em relação à quantidade. Destaca, logo após, como de especial relevância para a consideração do julgador, o índice de maior ou menor periculosidade do culpado. Por isso, o delinquente deve ser encarado, não só através dos requisitos de sua personalidade, como também em relação ao que constitui a relação de fato que no delito se retrata. Sua capacidade de delinquir e a possibilidade de que venha a reincidir na prática de atos anti-sociais, devem ser aferidas através do exame circunstanciado dos antecedentes e da constituição psicofísica do réu. A qualidade e a quantidade das circunstâncias, que possam atenuar ou agravar a sanção,

64. JORGE EDUARDO COLL, *El Código Uruguayo*, em “Criminalia”, 1936, p. 6.

completam, no final do dispositivo, o quadro oferecido ao juiz para a formação de sua livre convicção e a conseqüente dosagem da pena a ser aplicada em cada caso.

Quanto à pena de multa, além de ser facultado ao juiz cominá-la em substituição à de prisão, quando ocorram atenuantes excepcionais, conforme determina o final do art. 86, deverá graduá-la de acôrdo com “los bienes y recursos del delincuente”, na conformidade com o art. 83.

27. A individualização da pena é, no consenso geral, uma das grandes conquistas do Direito Penal uruguaio. Na Exposição de motivos, GOYENA justifica sua adoção, através das seguintes palavras: “La grand latitud que se otorga a los magistrados, en la aplicación de las medidas de defensa, según las características del delincuente, corresponden a la individualización judicial.

Esa latitud es el resultado de dos providencias: la sensible deveryencia entre el máximo y el mínimo de la pena establecida para cada delito, y las facultades que se le discieruen al Juez para pasar libremente de un extremo a otro, según el concepto que se forme de la peligrosidad del delincuente”.

RAFAEL FONTECILLA R. analisando o Código uruguaio, entre outras, faz estas considerações: “Debemos destacar todavía una nueva bondad, el arbitrio judicial. Consecuente con la tesis individualizadora, se proclama un amplio, como discreto arbitrio para los jueces. Es absurdo pretender la individualización judicial del tratamiento, si no otorgamos al juzgador una mayor elasticidad en la aplicación de las sanciones”⁶⁵.

De nossa parte, desconhecemos referências aos possíveis resultados negativos que a aplicação do art. 86 venha obtendo. Nas pesquisas que fizemos em tórno dêsse dispositivo individualizador, também não encontramos qualquer

65. RAFAEL FONTECILLA, *El Proyecto de Código Penal para la República del Uruguay*, em “Anales de la Universidad de Chile”, Santiago, 1934, p. 25.

notícia relativa à oposição de magistrados uruguaios às providências que êle determina.

28. Ao término dêste capítulo, devemos, entretanto, ressaltar que, mesmo nos códigos em que a individualização da pena não mereceu expressa acolhida, observa-se a concessão de apreciável arbítrio judicial na cominação das penas pecuniárias. Alguns dêles, embora fiéis a uma rígida dosimetria em relação às demais penas, abrem larga margem de liberdade ao julgador na aplicação da multa, em dispositivos, muitas vêzes, bem mais amplos que os observados nos códigos cuja orientação já estudamos.

Entre êstes, devemos mencionar o do Paraguai, que, em seu artigo 84, estipula: “Para graduar la multa el Juez tendrá en cuenta, no solo la gravedad de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes, sino también la condición social y facultades del culpable”. Os estatutos penais de Salvador e Honduras, por igual, determinam, respectivamente, nos arts. 59 e 71 que, na aplicação da pena de multa, com seu “prudente arbitrio”, o juiz deverá atender às “circunstancias atenuantes y agravantes, y principalmente el caudal o facultades del culpable”.

IV.

A individualização legal da pena no Direito Penal Comparado latino-americano.

29. Todos os códigos penais, como é óbvio, contemplam a individualização legislativa da pena, pois, conforme observa o Prof. FREDERICO MARQUES, é ela que “domina e dirige as demais, porque é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos da execução penal, na aplicação das sanções”⁶⁶. Ela está na base de todo o sistema repressivo, antecedendo lògicamente às individualizações

66. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 236.

judicial e administrativa, traçando-lhes as diretrizes e estabelecendo seus contornos e limitações.

Nas codificações penais latino-americanas estudadas no capítulo anterior, a individualização legal é feita parcimoniosamente, fixando apenas critérios gerais e deixando aos juizes certo arbítrio para, dentro dos limites e condições preestabelecidas pela lei, fazer a aplicação das sanções penais.

Todavia, os estatutos penais dos demais países da América Latina, notadamente os que não receberam qualquer influência do moderno Direito Penal, mantendo-se fiéis aos postulados da Escola Clássica e à orientação que lhes deu o antigo Direito espanhol, acolhem um rígido sistema de individualização legal. Neles as penas são previamente dosadas, sem deixar margem ao magistrado para aplicá-las na conformidade de seu livre convencimento. São os velhos códigos, explica ASÚA, “que assumen el criterio de desconfianza hacia el juzgador y dan normas minuciosas para aplicar las penas haciendo una especie de individualización legal”⁶⁷. A estas leis juntam-se, entretanto, algumas de elaboração recente, mas com excessivo apêgo à tradição e a princípios já superados, inclusive o mais nôvo de tôda a América, o Código Penal de Costa Rica, promulgado em 1941.

30. Estas codificações podem, ainda, ser agrupadas em dois tipos: o primeiro, que reúne as leis penais contendo regras minuciosíssimas na cominação das sanções, acompanhadas, em algumas delas, de “tabelas” indicativas da qualidade e da quantidade da pena a ser aplicada em cada caso; e o segundo, constituído pelos códigos que, embora neguem o arbítrio judicial, não se apegam, todavia, a uma individualização legal absoluta.

No primeiro caso, encontra-se o mais antigo Código Penal do continente, o velho estatuto da Bolívia, promul-

67 LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos*, Vol. I, p. 384.

gado em 1834. Em seus arts. 27 a 34, 37 a 46 e 89 a 99 estabelece um mecanismo rigoroso para aplicação das penas, somente superado pelo do Chile. O art. 27 estatui que “a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena, que la que le señala alguna ley promulgada ocho días al menos antes de su perpetración”. O artigo seguinte especifica nove tipos de penas corporais e treze modalidades de não-corporais, enquanto que, nos que se lhe seguem, são fixados os graus máximo, sub-máximo, médio, sub-médio e mínimo das penas, bem como a maneira com que o julgador deverá apreciar cada delito, podendo o total da sanção cominada reduzir-se a meses, a dias, e até a horas. Para as reincidências a tabela anexa ao art. 92 é rica em detalhes, discriminando, em diversas colunas, a qualidade e a quantidade da sanção adequada, até à terceira reiteração no crime pelo mesmo sujeito.

O Código Penal do Chile é, entre todos, o mais dosimétrico. Pelo seu art. 56, “las penas divisibles constan de tres grados”, as quais se aplicam de acôrdo com “la siguiente tabla demonstrativa”, que prevê nada menos que dezessete tipos de penas e os tempos previstos para os diversos graus. Por fim, o art. 61 contém nova e mais detalhada tabela, em que são estatuidas as cominações para reincidências, os delitos tentados, os consumados e a participação de cúmplices.

O mesmo se diga dos Códigos Penais da Nicarágua, El Salvador, Guatemala e Honduras. Dêstes, merece especial destaque o art. 67 do estatuto guatemalteco, pois determina que “Los Jueces no podrán aumentar, disminuir, agravar ni atenuar las penas, ni sustituirlas con otras o añadirles alguna circunstancia sino en los términos y casos que las leyes prescriben”.

No segundo grupo, isto é, naqueles códigos em que o rigor não chega a ponto de exigir tabelas para a fixação das penas, segundo as diversas hipóteses, situam-se os demais países latino-americanos.

Nessas leis penais são os seguintes os artigos que cuidam da aplicação das penas, os quais deixamos de comentar por julgarmos desnecessário para o âmbito dêste trabalho: Paraguai, arts. 63 a 65 e 86 a 105; Panamá, arts. 30 a 32 e 60 a 81; Venezuela, arts. 37 a 59, 78, 79, 82 e 84 a 101; Equador, arts. 76 a 85; Costa Rica, arts. 34, 40, 43 a 45, 49 a 52 e 81 a 87; Haiti, art. 382; e República Dominicana, arts. 462 e 463.

31. Observa-se, entretanto, que nos países onde a aplicação das penas obedece a rígidas determinações legais, desenvolvem-se amplos movimentos doutrinários e mesmo jurisprudenciais no sentido da aceitação do arbitrio judicial.

Na Bolívia, várias tentativas já foram feitas, porém sem lograr êxito. O Projeto Salmón de 1935 transcrevera o art. 41 do Código argentino que, como vimos, concede ampla liberdade ao juiz na cominação das penas; enquanto que o Projeto Ossío de 1939, de fundo positivista, seguiu idêntica orientação. Por fim, no estudo de reforma de 1941, feito por MANOEL LÓPES REY Y ARROYO, esclarece MANUEL DURAN, procurava-se “suprimir la restricción que ha sufrido el arbitrio judicial”, estabelecendo, em seu art. 9, que “la ley se tendrá siempre en cuenta la personalidad del delincuente”⁶⁸.

Para o Chile, o Projeto Erazo-Fontecilla de 1929, já previa o arbitrio judicial, enquanto que o de 1938, elaborado por um grupo de juristas, pouco acrescentava ao Código vigente.

O Projeto Chiossone de 1938 para a Venezuela, de filiação político-criminal, acolhera amplamente as medidas de segurança, aceitando, com razoável largueza, a individualização judicial da pena.

Observam-se em outros países da América Latina idênticos movimentos. As cátedras universitárias, sensíveis a

68. MANUEL DURAN, *La Reforma Penal em Bolivia*, Sucre, 1946, p. 6.

esses reclamos, no mais das vêzes assumem posição de vanguarda. As casas legislativas, entretanto, se têm portado com indiferença quase total diante das reformas pretendidas, conseqüências que são da indiscutível evolução da ciência penal no mundo latino-americano.

Na revista mexicana “Criminalia”, que dispõe de grande penetração em todos os países de origem espanhola, encontramos, em seus vários volumes, um registro muito sincero dessas aspirações, através de trabalhos de ilustres juristas e professôres de diversas nacionalidades.

V.

A individualização administrativa da pena no Direito Penal Comparado latino-americano.

32. Sob o aspecto da individualização administrativa da pena, as nações latino-americanas têm também muito que oferecer aos que se proponham a inquiri-las nesse moderno setor da ciência penal.

Ao ensejo dêsses estudos, surge, desde logo, o problema da sentença indeterminada. Foi em Pôrto Rico, que culturalmente faz parte do mundo latino, embora politicamente esteja ligado à União Norte-Americana, que êsse instituto jurídico conseguiu impor-se decisivamente no Direito positivo.

Pela Lei n.º 295, de 10 de abril de 1946, a sentença indeterminada foi oficialmente instituída naquele país. Em seu subtítulo, diz a referida lei: “Proveyendo para el establecimiento de la sentença indeterminada y para su funcionamiento, en relación con el sistema de libertad bajo palabra, y para otros fins”, enquanto que seu art. 1.º estipula: “Por la presente ley se establece la sentencia indeterminada en Puerto Rico, disponiendose, que cuando los tribunales condenaren a un reo a cumplir sentencia por delito grave, que no apareje pena de reclusión perpetua, dictarán una sentencia indeterminada...”.

O Peru, por seu turno, realiza a individualização administrativa através das “penas indeterminadas”. Aboliu as sanções fixas, que foram substituídas pelas absoluta ou relativamente indeterminadas. A pena de internamento (art. 11), por exemplo, com um mínimo fixado em 25 anos, é absolutamente indeterminada, enquanto que a de relegação (art. 13), entre outras, pode ser tanto indeterminada, como de prazo fixo.

Fora desses casos, a sentença indeterminada não logrou qualquer êxito no Direito Penal legislado latino-americano. Entretanto, antecedentes houve em outros códigos, que, embora não constituam propriamente a sentença indeterminada, podem realizar parte de seus objetivos. É o que se depreende, “*verbi gratia*”, da leitura do art. 100 do Código Penal boliviano: “Por medio del arrepentimiento y de la enmienda, pueden los reos rematados sin distinción de classe y fuero conseguir la rebaja de las penas a que han sido condenados...”. É um remoto antecedente do moderno instituto do livramento condicional.

No Brasil, o problema da sentença indeterminada tem movimentado congressos e reunido apreciável número de defensores. Os primeiros esforços datam de 1900, com BEZERRA MORAIS, no Congresso Penitenciário de Bruxelas. No Congresso Jurídico de 1908, foi proposta e recusada a tese: “Pode ser adotado, sem prejuízo das garantias devidas à liberdade individual, o sistema das sentenças indeterminadas?” Mereceu, entretanto, aprovação a indeterminação relativa.

Embora não acolhida pelo Código Penal de 1940, a indeterminação das penas ou das sentenças tem, entre nós, conseguido alguns êxitos. O art. 63, § 1.º, da “Consolidação”, cuidando da internação de índios em colônias correcionais, deixa ao inspetor a fixação de sua duração; o Código de Menores, em seus arts. 80, 81 e 82; o Decreto n.º 24.645, que regula a proteção aos animais, no § 1.º, do art. 2.º; e o Código Florestal, no seu art. 71, estabelecem duração indeterminada para as sanções que cominam.

33. PEDRO VERGARA, entre outros autores, entende que o art. 32 do Código de 1940 é a sede da individualização administrativa no Direito repressivo brasileiro. Julgamos, entretanto, que o referido dispositivo apenas estabelece as linhas gerais para o regulamento de nossas organizações penitenciárias, sem resolver, por si só, o problema da individualização da pena em sua fase executória.

O questionado artigo contém, tão-somente, uma orientação geral para ser observada na fixação dos regulamentos de nossas prisões, deixando que suas normas sejam melhor particularizadas em um futuro Código Penitenciário, cuja promulgação já não mais pode ser protelada. Aliás, dentro do plano de reforma geral das codificações brasileiras, elaborado pelo Govêrno Federal, o Prof. ROBERTO LYRA encarregou-se da feitura de um anteprojeto de “Código das Execuções Criminais” que, segundo se divulga, conterà inúmeras inovações no que se refere à individualização administrativa da pena.

Todavia, como antecipação dêsse desejado estudo de disciplina penitenciária, a Lei n.º 3.274, de 2 de outubro de 1957, procurou, em atenção ao que exige o art. 5.º, n.º XV, letra “b”, da Constituição Federal, estabelecer as normas gerais do regime penitenciário brasileiro, através de dispositivos que vão desde a exigência da classificação dos sentenciados para efeito do cumprimento das penas, até a especificação dos estabelecimentos penais padronizados e órgãos técnicos necessários à execução da individualização da pena em sua fase executória.

Releva notar, ainda, que a mencionada lei estabelece, antes de mais nada, em seu art. 1.º, n.º I, como princípio básico, “a individualização das penas, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade, corresponda tratamento penitenciário adequado”.

34. Mesmo sem acolher a sentença indeterminada, os Códigos Penais latino-americanos, na sua maioria, vêm fazendo a individualização administrativa da pena, através

de certas medidas complementares. São estas diversos institutos jurídicos intimamente ligados ao assunto, que assumem, às vêzes, características peculiares a cada país. Entre elas, podem ser citados, pela largueza com que são exercitados, o “sursis”, o livramento condicional e o amplo campo de verificação das medidas de segurança, enquanto que o perdão judicial mereceu acolhida mais restrita.

NÉLSON HUNGRIA, com algum exagêro, chegou mesmo a dizer que, “depois que o livramento condicional e as medidas de segurança tiveram ingresso no sistema do Direito Penal positivo, falar de pena indeterminada é qualquer coisa como pleitear o retôrno das espingardas de carregar pela bôca”⁶⁹.

35. O instituto da suspensão condicional da pena, que, com a finalidade de evitar os inconvenientes das penas de curta duração, permite seja, sob determinadas condições, sobrestado o cumprimento da sanção cominada pelo juiz, foi acolhido por nada menos que onze legislações penais latino-americanas (Argentina, arts. 26 a 28; Panamá, art. 29; Peru, arts. 53 a 57; México, art. 90; Uruguai, art. 126; Cuba, art. 97; Chile, arts. 80 a 84; Guatemala, art. 51; Equador, arts. 86 a 90; Brasil, arts. 57 a 59; e Costa Rica, arts. 90 a 96).

Todos êsses códigos se filiam, nesse particular, ao chamado “sistema continental europeu”, que, de acôrdo com o ensinamento preciso de ROBERTO LYRA, consiste “na suspensão da execução da pena decretada pelo juiz. Êste profere a condenação e, ao mesmo tempo, ordena a suspensão da execução da pena, segundo certos pressupostos. Decorrido sem condenação o período fixado na sentença, cessa o direito do Estado de executar a pena”⁷⁰.

Exigem êsses estatutos penais para a concessão do benefício que o réu seja primário, salvo o de Cuba, que não faz menção a êsse requisito, mas estabelece como obriga-

69. NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Vol. IV, 1956, p. 107.

70. ROBERTO LYRA, *ob. cit.*, p. 397.

tório que “concurran dos o más circunstancias atenuantes personales o de menor peligrosidad” (art. 97). O limite da pena para a qual a suspensão pode ser concedida varia muito entre êsses países. Assim é que o Código de Costa Rica fixa em três anos o máximo da pena cominada (art. 90); os da Argentina (art. 26), do México (art. 90), do Uruguai (art. 126) e do Brasil (art. 57), em dois anos; os de Cuba (art. 97) e Guatemala (art. 51) não permitem o benefício para as condenações superiores a um ano; e, por fim, três outros códigos estabelecem prazo ainda menor para êsse limite, que é de seis meses para os do Peru (art. 53) e Equador (art. 86), de quatro meses para o do Panamá (art. 29).

Por outro lado, excetuando os Códigos do Brasil, Colômbia, Guatemala e México, que não estendem a suspensão à pena pecuniária, todos os demais que acolhem o instituto incluem a multa entre as penas sujeitas a êsse favorecimento (Argentina, art. 26; Panamá, art. 29; Peru, art. 53; Uruguai, art. 126; Cuba, art. 97; Equador, art. 86; e Costa Rica, art. 90).

36. O livramento condicional, ou seja, “a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao condenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta”, segundo a conceituação de FREDERICO MARQUES⁷¹, aparece, pela primeira vez, na América Latina, no velho Código Penal da Bolívia.

Efetivamente, diz o art. 100 dêsse estatuto: “Por medio del arrepentimiento y de la enmienda, pueden los reos rematados sin distinción de clase y fuero conseguir la rebaja de las penas a que han sido condenados, después de haber sufrido al menos una tercera parte de ellas...”

Segundo o mesmo critério, adotou-se o livramento condicional em bom número de códigos latino-americanos, mesmo naqueles em que o sistema progressivo ou irlandês,

71. FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, p. 285.

do qual o instituto é elemento integrante não mereceu acolhida, fixando-se estas condições: “haber cumplido una parte de la pena privativa de libertad y haber observado buena conducta”.

O “quantum” da pena que devem cumprir os réus para a concessão da liberdade condicional varia em relação a essas legislações. Uns códigos fixam essa porção em três quartas partes da sanção cominada (Salvador, art. 19; Panamá, art. 20; Venezuela, arts. 52 a 56; e Cuba, arts. 98 e 99); outros, em dois terços (Argentina, arts. 13 a 17; Peru, arts. 58 a 64; México, arts. 84 a 87; e Costa Rica, arts. 97 a 101). O Código do Paraguai, que acolheu o sistema progressivo, prevê o livramento condicional no quarto período, desde que a conduta do recluso tenha sido irrepreensível no estágio anterior (art. 68). A lei penal do Uruguai estabelece os prazos de cumprimento de acôrdo com o tipo de sanção: se é de natureza “penitenciária”, o réu deverá ter cumprido a metade da pena que lhe foi imposta; e se se trata de pena de prisão ou de multa, a concessão poderá ser feita “sea cual fuere el tiempo de detención sufrida” (art. 131). O Código colombiano segue-lhe de perto. Imposta a pena de “presídio”, o candidato ao benefício deverá ter cumprido três quartas partes da condenação, mas em se tratando da pena de prisão ou arresto não inferior a dois anos, o cumprimento limita-se às duas terças partes (arts. 85 a 90). A Guatemala também faz a distinção: três quartas partes, se a pena é de prisão, e o que falta por cumprir-se na pena de arresto, desde que a condenação tenha sido superior a nove meses (arts. 49 a 50). Para o Código Penal do Equador o prazo de cumprimento é fixado em três quartas partes para a pena de reclusão e em duas terças partes, em relação à pena de prisão correcional (arts. 91 a 94).

O Código Penal do Brasil, ao contrário da maioria dos estatutos repressivos latino-americanos, não exclui os reincidentes do benefício da liberdade condicional. O critério para a fixação dos prazos fundamenta-se, por isso, no problema da reincidência: se o delinqüente é primário,

deverá cumprir tão-sòmente a metade da pena; mas, se já sofreu condenação anterior, exige-se que o réu tenha consumido mais das três quartas partes da sanção que lhe foi imposta (arts. 60 a 66).

37. O perdão judicial, também causa extintiva da punibilidade, e que alguns autores entendem deva ser incluído, com mais rigor, entre as medidas que propiciam a individualização judicial da pena, é também providência que visa evitar a execução das penas de curta duração.

Teve restrita aceitação na codificação penal latino-americana, pois aparece, tão-sòmente, nos estatutos da Colômbia, Uruguai e Brasil.

No Código colombiano o instituto é previsto para os casos de “falsas imputaciones hechas ante las autoridades” (art. 190); de “falso testimonio” (art. 195); de abôrto “honoris causa” (art. 398); e de “homicidio piadoso” (art. 364). Para a lei penal do Uruguai essa providência de caráter jurisdicional pode ter lugar nos seguintes delitos: “homicidios y lesiones por causa de adultério” (art. 36); “homicidio piadoso” (art. 37); “de reconocimiento como hijo legítimo de una persona que careciere de estado civil, cuando los móviles fueren la piedad, el honor o el afecto” (art. 39); de “injuria o difamación” (art. 40); de infrações cometidas por menor de 18 anos, se fôr boa “su conducta anterior y sus guardadores ofrecen garantías de suficiente asistencia moral” (art. 45).

No Código Penal do Brasil, embora o instituto não figure expressamente na parte especial, aparece, todavia, em diversas hipóteses: “Crime de injúria” (art. 140, § 1.º); “Outras fraudes” (art. 176, § único); “Receptação culposa” (art. 180, § 3.º); “Adultério” (art. 240, § 4.º); e “Subtração de incapazes” (art. 249, § 2.º). Por outro lado, a Lei das Contravenções Penais prevê o perdão judicial nos casos de “Erro de direito escusável” (art. 8.º) e de “Associação secreta” (art. 39, § 2.º), o mesmo acontecendo com a Lei de

Falências (art. 186, § único) e a Lei de Imprensa (art. 12, § 3.º).

38. As medidas de segurança, com o caráter de sanção penal predominantemente preventiva, e que objetivam evitar a reincidência para os delinqüentes que se revelaram dotados de periculosidade, desempenham, por igual, papel da maior relevância na chamada individualização administrativa da pena.

Tiveram ampla aceitação nos códigos penais da região centro-sul das Américas de feitio moderno, embora não figurem no Código Penal da Argentina, que se coloca entre aquêles.

São medidas de inspiração político-criminal que, todavia, projetando-se para além de seus limites originários, vieram alcançar algumas legislações de filiação diversa, assumindo, por vêzes, coloridos próprios em alguns países. Com seu caráter indeterminado, na prática, se traduzem em providências as mais diversas, as quais, num esboço geral, assim se discriminam, nas diferentes legislações latino-americanas:

a) a relegação, que se apresenta não raro com um caráter misto, situando-se entre as penas pròpriamente ditas e as autênticas medidas de segurança, e que em alguns códigos é imposta por tempo indeterminado (Argentina, arts. 51 e 52; Panamá, arts. 13 e 19; México, art. 24, n.º 2, e arts. 27 e 66, após o Decreto de 31 de dezembro de 1943;

b) internamento em hospital, manicômio judiciário ou colônia agrícola especial para doentes mentais ou indivíduos de alta periculosidade (Peru, arts. 89 e 92; México, art. 68; Colômbia, arts. 61 a 64; Uruguai, art. 97; Cuba, arts. 586 e 588; Brasil, art. 91; e Costa Rica, arts. 111 a 113);

c) internamento em colônias agrícolas ou casas de custódia e tratamento para os grandes criminosos (Uruguai, arts. 92 a 99; Cuba, art. 588; e Brasil, art. 93);

d) colocação em casa de tratamento para delinqüente ébrio habitual (Peru, art. 41; Cuba, art. 588; e Brasil, art. 92);

e) liberdade vigiada para enfermos mentais e intoxicados (Colômbia, arts. 61 e 67);

f) proibição de exercer determinadas profissões (Colômbia, art. 75);

g) reclusão em escola ou estabelecimento especial para surdo-mudo, pelo tempo necessário (México, art. 67; e Uruguai, arts. 92, 94 e 95). O Código venezuelano só se refere ao surdo-mundo menor;

h) trabalho em obras públicas ou emprêsas públicas para os alcoólatras e toxicômanos (Colômbia, arts. 61 e 65);

i) proibição de freqüentar determinados lugares públicos para alcoólatras e toxicômanos (Colômbia, arts. 61, 65 e 76; Cuba, art. 586; e Costa Rica, art. 115);

j) caução de boa conduta (Peru, arts. 38 a 40; Uruguai, arts. 100 a 102; e Cuba, arts. 585, 589 a 591); e

k) expulsão de estrangeiro (Cuba, art. 585; Brasil, art. 101; e Costa Rica, art. 118).

Todavia, mesmo os códigos do tipo clássico, que desconhecem as autênticas medidas de segurança, reservam algumas providências do tipo não penal para serem aplicadas aos inimputáveis. É o que ocorre, por exemplo, com os “enajenados, que serán recludos en un establecimiento destinado a enfermos de aquella clase” (Chile, art. 10, 1.º; Nicarágua, art. 21; Salvador, art. 8; Honduras, art. 7 e Paraguai, art. 18). O mesmo dispositivo também se insere em algumas legislações que, embora modernas, repudiam as medidas de caráter não penal (Argentina, art. 34; Panamá, art. 44; Venezuela, art. 62; Guatemala, art. 21; e Equador, art. 34).

VI.

Conclusões.

39. A individualização da pena, instituto que se impôs no elenco das legislações penais modernas, teve satisfatória acolhida por parte das codificações latino-americanas. Aceita pela maioria dos países que, neste século, alteraram suas leis repressivas, continua, no entanto, a agitar a doutrina e a jurisprudência daqueles que, fiéis à orientação dos penalistas clássicos, ainda se apegam a uma rígida dosimetria penal. Os diversos projetos de reforma dessas legislações dados à publicidade timbram em inscrever como fundamental em seu texto o princípio da adequação da pena tanto ao delito como à pessoa do delinqüente.

Coube à comparação, inegavelmente, papel da maior relevância na formulação dos preceitos que possibilitaram essa aceitação, enquanto que, o Direito Penal brasileiro, historicamente vinculado às origens do Direito latino-americano, ocupa posição de vanguarda no fornecimento de subsídios para a elaboração dos mais recentes textos penais, no setor da individualização da pena.

Todavia, nos diferentes países onde o instituto foi inscrito no Direito legislado, os resultados que se vêm obtendo com a aplicação dos dispositivos individualizadores não são de encorajar. Os comentadores são quase unânimes em afirmar que, por êste ou aquêle motivo, o arbítrio judicial é letra morta no texto das leis.

As razões dessa inaplicabilidade são inúmeras e complexas. Delas destacamos, a seguir, as que se nos afiguram de maior relevância, ao mesmo tempo que arrolamos algumas providências que nos parecem recomendáveis, numa tentativa de solução do problema:

1.^a) A tradição do Direito latino-americano, com suas vinculações ao Direito espanhol, fiel à dosimetria penal, segundo as diretrizes da Escola Clássica. Para esta a

preocupação com a pessoa do delinqüente é meramente accidental, pôsto que ao delito, como entidade jurídica, devem carrear tôdas as atenções do julgador. Nestas condições, as sanções penais assumem caráter mais intimidativo do que educativo, fazendo a individualização, tão-sòmente, em relação ao dano produzido.

Esta orientação, arraigada em respeitável parcela de doutrinadores e magistrados, tem impedido que, mesmo nos países em que o arbítrio judicial logrou boa acolhida, na prática, se tenha conseguido os resultados almejados pelo legislador. O que se passou no Peru, logo após a promulgação do Código de 1924, diz bem dêste estado de coisas. Opondo-se à adoção das medidas de segurança e à derrogação das antigas normas para a fixação das penas, a magistratura daquele país, tão logo foi pôsto em vigor a nova lei, cuidou de constituir uma comissão encarregada de reformá-la.

No Brasil, observa o Prof. BASILEU GARCIA, “por amor à tradição, por hábitos conservadores enraigados, o delinqüente é processado exatamente pela maneira que se empregaria se tivéssemos um Código Penal do tipo rigorosamente clássico e a pena devesse inflingir-se segundo a dosimetria ditada tão-só pelas circunstâncias mais aparentes”⁷².

Urge, pois, que se desenvolvam campanhas de esclarecimentos para que os códigos, embora embuídos de preceitos modernos, deixem de sofrer a influência de uma parcela retrógrada de juristas e juizes, que tolhem sua total aplicabilidade;

2.^a) A improvisação do juiz criminal também responde pela falência da individualização da pena.

O problema da especialização da magistratura é dos mais importantes no moderno Direito Penal, em face da soma de aspectos que suscita. Daí ter afirmado com pro-

72. BASILEU GARCIA, *Reforma da Pena de Multa*, na “Revista dos Tribunais”, Vol. 306, p. 23.

priedade MARIANO RUIZ FUÑES: “Hacer un Código es tarefa relativamente fácil. Hacer un juez es labor ardua”⁷³.

Reconhecemos que o problema não é de fácil solução, pois envolve ângulos bem delicados, que nem sempre podem ser enfrentados sem algum constrangimento.

Muitos legisladores não escondem sua preocupação em face do assunto, procurando, em decorrência, restringir o arbítrio judicial. ALCÂNTARA MACHADO perfilou-se entre êles. No seu “Projeto de Código Criminal”, ao enfrentar a questão, colocou na justificativa de seu trabalho estas palavras: “Estará a nossa magistratura preparada para uma tarefa dessa magnitude? Ninguém o afirmará, sem afrontar a evidência. Daí a timidez, ou, melhor, a prudência do ante-projeto”.

O problema da especialização do magistrado criminal não é nôvo. Já no Congresso da União Internacional de Direito Penal de 1815, os debates sôbre a matéria adquiriram grande colorido, deles resultando, de prático, o “Curso” de VON LISZT para a formação de juizes especialistas. No Congresso Penitenciário Internacional de Londres, em 1925, decidia-se que “o juiz criminal deve consagrar-se exclusivamente a êste ramo da magistratura e ter nêle todos os meios e possibilidades de progresso”, enquanto que no III Congresso Internacional de Direito Penal de 1923, realizado em Palermo, e por CARNEVALE denominado “O Congresso do Juiz”, se recomendava ser “necessário orientar a organização judicial em cada país para uma maior especialização do juiz criminal”.

Por seu turno, o I.º Congresso Latino-Americano de Crimonologia de Buenos Aires, em 1938, ao considerar as diversas comunicações sôbre o tema “La preparación científica del Juez del Crimen”, resolvia: “Recomendar la conveniencia de organizar, sobre la base de la preparación teórica y practica antedicha, la carrera judicial o adminis-

73. MARIANO RUIZ FUÑES, *El Juez Penal*, em “Criminalia”, 1941-1942, p. 170.

trativa de las personas llamadas a participar en la justicia del crimen” e “Recomendar la creación de cursos post-universitarios de especialización destinados a la preparación teórica y practica de las personas llamadas a intervenir en el ejercicio de la justicia en lo criminal”.

Como se vê, na América Latina, o problema vem sendo enfrentado com alguma determinação. Daí ter resultado a criação de diversos cursos ou institutos especializados em diversas de suas universidades, ou mesmo autônomos, objetivando a conveniente preparação técnico-científica do juiz criminal. Entre êstes, podem ser citados, segundo informa CÉSAR SALGADO⁷⁴, o “Curso Biopsico-criminal” da Universidade de Areripa, no Peru, e o “Instituto Técnico-Forense”, fundado por ABEL ZAMONA, no Uruguai. Na Colômbia, logo após a promulgação do código vigente, foram instituídos cursos de especialização jurídico-criminal, exigindo-se como indispensável para o ingresso na magistratura a prova de haver concluído um desses cursos.

No Brasil espera-se, por igual, apreciável contribuição do “Instituto Latino-Americano de Criminologia”, recentemente instalado em São Paulo, sob a égide da ONU, enquanto que o “Instituto de Criminologia” da Universidade da Guanabara, já vem colhendo alguns frutos nesse setor de suas atividades.

A exigência da especialização do juiz do crime, em alguns países alçou aos textos legais, valendo citar, a título de exemplo, o que dispõe o art. 636, do “Código de Procedimientos Penales” do México, para o Distrito e Territórios Federais, no qual o candidato à judicatura “deberá comprobar, además, a juicio del Tribunal Superior de Justicia, que ha estudiado e practicado especialmente Derecho Penal. La especialización se comprobará por certificados universitarios y la practica por medio de documentos fehacientes”.

A especialização da magistratura criminal se nos afigura, portanto, como um dos fatores capazes de recolocar o

74. CÉSAR SALGADO, *Especialização da Magistratura Criminal*, em “Archivo Judicial”, Vol. 67, p. 101.

instituto da individualização da pena na fundamental posição que lhes reservaram os legisladores, dentro da sistemática dos códigos modernos;

3.^a) Observa-se, ainda, que os nossos juizes, mesmo aquêles que dispõem de atualizada formação técnico-científica, não costumam utilizar os poderes mais ou menos amplos que lhes confere a lei, na cominação das sanções. Ou por timidez, ou, conforme acentua o Prof. BASILEU GARCIA, “pelo sentimento de benevolência, raro se valem da possibilidade legal de agravar a situação do acusado dentro de uma certa margem de escolha. Optam pelas soluções mais suaves”⁷⁵.

Mesmo em relação à pena pecuniária, para a qual algumas leis especiais estipulam para o limite máximo importâncias muito superiores às fixadas pelo Código de 1940, o mesmo se verifica.

O problema da não utilização pelos magistrados dos dispositivos individualizadores das leis penais, liga-se àqueles focalizados acima, completando, dessa forma, no quadro formador da inaplicabilidade do arbitrio judicial, a parcela de culpa que deve ser atribuída aos julgadores;

4.^a) No que respeita aos fatores não ligados diretamente à magistratura, ressalta, desde logo, como causa para o agravamento do problema, a carência que se observa de laboratórios e institutos especializados e eficientes dos quais se possam valer os juizes na obtenção de dados para o estudo da personalidade do delinqüente.

O magistrado, não raro, só dispõe de notícias sôbre os antecedentes judiciais e policiais do acusado. Os elementos biopsíquicos que atuam no comportamento daquele que deve prestar contas à justiça, de fundamental importância para uma perfeita adequação da pena tanto ao crime como ao seu autor, fogem, invariavelmente, às páginas do processo.

75. BASILEU GARCIA, *art. cit.*, p. 23.

É verdade que os países latino-americanos dispõem de alguns órgãos que podem perfeitamente realizar essas tarefas, como o nosso “Instituto de Biotipologia Criminal”, que tem merecido fartos elogios de penalistas de elevado gabarito, como RUIZ FUÑES, LÓPES REY Y ARROYO, BELEZA DOS SANTOS e outros. Mas o ideal seria a descentralização desses serviços, com o desacúmulo de atribuições para um melhor atendimento, principalmente às comarcas do interior.

As chamadas “clínicas criminais”, tão difundidas na Europa, poderiam, dentro de nossas condições próprias, dar satisfatória solução ao problema;

5.^a) A falta de melhor entrosamento entre as leis penais e as leis do processo penal figura também entre as razões do descrédito do instituto da individualização da pena. Para alguns é a causa principal.

O fenômeno é crônico e abrange todo o Direito latino-americano. Frequentemente deparamos com críticas veementes aos “Códigos de Procedimientos Penales” e ao divórcio que se estabeleceu entre eles e os respectivos códigos penais. No Brasil, é o Prof. BASILEU GARCIA quem o afirma, “a individualização da pena, erigida pelo Código à categoria de princípio fundamental, não tem tido a desejável realização, porque o processo penal, mal dileneado, não torna acessíveis ao juiz os esclarecimentos imprescindíveis acêrca da personalidade do réu, suas condições individuais, para um razoável ajustamento da providência de defesa social ao autor do crime”⁷⁶.

O fato de o Código de Processo Penal ter acolhido o princípio da “livre convicção” do órgão judicante no manejo das provas (art. 157) não lhe deu, por si só, condições suficientes para determinar uma justa e acertada orientação na aplicação das sanções. Se, na prática, esse dispositivo algumas vezes tem sido utilizado com acêrto pelos nossos julgadores, os demais artigos de nossa lei penal adjetiva

76. BASILEU GARCIA, *art. cit.*, p. 23.

neutralizam-lhe os efeitos, por falta da necessária complementação.

É inadiável a mudança dessa anacrônica lei de processo. Ainda no plano geral de reforma de nossas codificações, anuncia-se a próxima publicação do “Anteprojeto” do Prof. TORNAGHI, para o novo Código Processual Penal brasileiro. Esperamos que esse estatuto, diante do acúmulo de falhas do vigente, possa traçar normas mais sadias para a sua própria exequibilidade, inclusive adotando o princípio da identidade física do juiz, que, embora matéria de natureza processual, foi esboçado no final dos artigos que acolhem a individualização da pena nos Códigos Penais do México e da Argentina;

6.^a) Se a individualização judicial da pena se tem mostrado falha, que não dizer de sua individualização executória. A falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento das providências preconizadas pelos códigos penais, especialmente no setor das medidas de segurança, tem impedido sua total aplicabilidade e se constituído num dos fatores determinantes da instabilidade legislativa do Direito latino-americano.

O sistema progressivo, acolhido por muitos desses códigos, figura, não raro, só no texto da lei. E não se diga que tal fato se observa apenas nos chamados países subdesenvolvidos, que, à míngua de recursos, não podem oferecer aos reeducandos o tratamento preconizado pela lei. MARC ANCEL, na sua monografia “Les Mesures de Sureté en Matière Criminelle”, estudando a aplicação das medidas de segurança em 19 países de diferentes continentes, inclusive em centros de adiantado desenvolvimento cultural, notou a mesma ocorrência. Quase que de maneira geral, as medidas de segurança — diz êle — não passam de “penas complementares”, dada a falta de aparelhamento necessário à sua melhor aplicação.

Um perfeito sistema penitenciário, com a padronização de estabelecimentos e órgãos técnicos necessários, é o dese-

jável complemento para uma feliz política de individualização penal, pois é na fase executória, conforme salienta SIRACUSA⁷⁷, que a adequação da sanção à pessoa do delinqüente se revela como admirável conquista da legislação moderna.

40. Com essas medidas e outras de menor relevância, poder-se-á dar plena vitalidade ao instituto da individualização da pena e oferecer aos juizes os meios necessários para enfrentar as contraprovas da experiência.

77. FRANCESCO SIRACUSA, *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Milão, 1935, p. 109.

O conteúdo jurídico da responsabilidade penal*.

Nelson Ferreira Leite

Diz-se que alguém é responsável criminalmente, pela prática de um ato reputado delituoso, quando deve responder por êle perante o poder social. A violação da norma penal cria para o Estado uma “pretensão punitiva” (strafanspruch). Mas, a responsabilidade pressupõe, como condição fundamental, certas condições sem as quais ela não pode ocorrer. É indispensável que o agente a quem se atribui a prática do ato punível seja imputável, isto é, que esteja em condições de se lhe poder atribuir a responsabilidade pela infração.

A imputabilidade significa, assim, a possibilidade de se atribuir a determinada pessoa a culpa (*lato sensu*) de certo procedimento. Imputabilidade, pois, significa capacidade para a culpa.

Essa capacidade, entretanto, pressupõe a existência de dois fundamentais requisitos: a) que tenha o agente atingido certo grau de desenvolvimento intelectual; b) que possua liberdade de vontade.

Com relação ao primeiro requisito, as opiniões são unânimes. Tanto na doutrina como nas legislações se reconhece, pacificamente, que o individuo precisa contar com certo grau de maturidade intelectual para ter uma exata representação das conseqüências dos seus atos no mundo externo. Só após um completo desenvolvimento

*. Trabalho apresentado, em dezembro de 1962, no Curso de Especialização da Faculdade de Direito, cadeira de Direito Penal Comparado.

intelectual é que o indivíduo estará em condições de poder apreciar a ilicitude da sua conduta.

Já com relação ao segundo requisito — a liberdade da vontade — as dissensões são profundas e irreconciliáveis. Para muitos a liberdade da vontade se confunde com o livre arbítrio, que consiste na faculdade de escolher ou não escolher, sem outro motivo que a própria vontade.

Para outros, entretanto, a liberdade nada mais significa do que o poder que tem o homem de determinar-se por si mesmo, de acôrdo com os motivos e a própria individualidade. São êstes os partidários da liberdade psicológica da vontade e constituem o grupo dos que se filiam à escola determinista¹.

As controvérsias, nesse ponto, são irredutíveis. Por isso já se tem salientado que a questão da liberdade da vontade transcende ao âmbito do Direito Penal, por ser de índole puramente filosófica. De tal forma, não pode constituir objeto de investigação jurídica.

Interessante, portanto, será fazer-se uma análise do problema da responsabilidade, tal como se tem apresentado no campo do Direito Penal, e das soluções que a êsse respeito, modernamente, se têm proposto para a controvérsia.

Desde muito cedo, a humanidade começou castigando os autores das infrações que considerava nocivas à comunidade. Só mais tarde, porém, é que se preocupou de indagar se podia fazê-lo, e em que medida.

Essa simples dúvida já constitui avançado progresso. Não só porque revela um grau bem mais adiantado de reflexão, como também porque torna nítida a idéia de que o castigo pelo castigo não pode constituir fundamento para o ministério repressivo.

Em épocas passadas havia uma crença popular na responsabilidade dos animais e, por isso, eram êles tidos

1. A. J. COSTA E SILVA, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil* (de 1890), vol. I, p. 132.

como possíveis sujeitos ativos de crimes. Quando um animal ofendia uma pessoa, era castigado como se fôsse um sêr humano.

Como conseqüência dessa maneira de entender, durante a Idade Média, muitos animais foram condenados por delitos praticados contra a pessoa. Várias classes de penas lhe foram applicadas, sendo a mais freqüente a pena de morte.

Aliás, é curioso que essa crença se estendesse até mesmo ao reino das plantas, sendo elas consideradas como responsáveis pelos danos causados às pessoas. Assinala-se, a êsse respeito, que o próprio Jesus Cristo, aparentemente, agiu debaixo dessa crença, quando amaldiçoou a figueira estéril da Betânia, por não proporcionar alimentos aos homens².

Entre os povos primitivos, não faltam exemplos de punição sem culpa. A religião hebraica, ao lado da teocracia política, ameaçava com penas não só os culpados como os seus filhos e os filhos dos seus filhos, até a sétima geração.

O fado, na imaginação dos antigos helenos, feria, às cegas, tanto o culpado como o inocente. Segundo o direito sagrado de Roma, a infração cometida por acaso provocava, do mesmo modo que a intencional, a cólera dos deuses, que devia ser aplacada pela expiação. Foi por influência dos moralistas gregos que o Direito Romano considerou, cada vez mais, como elemento decisivo, a vontade anti-jurídica.

Assim como não repugnava à concepção religiosa que os pecados dos pais recaíssem sôbre os filhos e netos, assim como na tragédia dos antigos o destino fatal e, na literatura moderna, a lei da herança, suplantam a culpabilidade, assim também o primitivo direito de todos os povos conheceu a responsabilidade sem culpa³.

O delito considerado apenas objetivamente, era visto, simplesmente, como ação modificadora do mundo exterior. Só se levava em conta a sua “parte objecti”, configurada no

2. M. PARMELLE, *Criminologia*, ed. esp., p. 11.

3. FRANZ VON LIST, *Tratado de Derecho Penal*, ed. esp. vol. 2, p. 390.

“damnum”. O fato volitivo passava a um plano secundário e o conceito de delito se exauria nos limites da ofensa.

Essa noção objetiva da responsabilidade predominou, de um modo geral, até o final do século XVIII. O próprio Código Penal francês de 1810 fundava-se em um sistema de responsabilidade objetiva, concretizada no mal externo que havia sido produzido e não pelo estado psicológico do autor da infração.

Dêsse modo, o princípio, que hoje nos parece natural, de que a culpabilidade é um caráter essencial do delito e que, sem ela, não é possível impor pena alguma, é o resultado de uma longa evolução, até hoje não completamente desenvolvida.

Só gradualmente a idéia da infração vai tomando, em si mesma, a característica de culpabilidade; e, pelo aperfeiçoamento dessa doutrina, se pode medir o progresso de todo o Direito Penal⁴.

Aos poucos vai se formando, no Direito Romano, o conceito de inimputabilidade dos “infans” (menores de sete anos) e da irresponsabilidade dos portadores de moléstias mentais, até que, com o Direito Canônico e com o Direito Estatutário, se inicia o desenvolvimento do conceito de dolo e culpa, através do qual a consideração subjetiva do crime entra no Direito Penal⁵. Mas, é com o aparecimento da Escola do Direito Natural e com a Filosofia Iluminista que essas noções se concretizam, a ponto de formarem um corpo de doutrina.

O direito natural, colocando-se acima do direito positivo, punha êste em constante problemática, criando a exigência de uma sistematização jurídica racional. Essas construções tinham como modelo a geometria (“more geometrico”) e seguiam o método dedutivo próprio da dogmática.

4. FRANZ VON LIST, *ob. cit.*, vol. 2, p. 390.

5. VICENZO MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale*, vol. I, p. 584.

De outro lado, por sua vocação individualista, o direito natural era levado a plasmar-se sôbre o Direito Romano, que havia atingido a mais alta perfeição dogmática. Dêsse modo cabe a essa Escola a iniciativa de trazer soluções especiais ao direito punitivo, a começar pela imputabilidade e pelos problemas relativos à legítima defesa.

A Escola do Direito Natural encontra o seu fundamento jurídico no contrato, de modo que o direito de punir é por ela considerado como uma cessão à sociedade do direito de defesa pessoal que, no estado natural, compete ao indivíduo. Posteriormente, a Filosofia Iluminista, seguindo os mesmos princípios, vai encontrar, no campo do Direito Penal, a sua expressão culminante, na obra de CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*.

Conquanto as idéias expostas nessa obra não sejam de todo originaes, o seu enorme sucesso, mais do que o seu valor científico, deveu-se à sua atualidade política, transplantando para o Direito Penal o influxo das idéias liberais que haviam atingido o seu maior desenvolvimento.

Mais tarde, GIANDOMENICO ROMAGNOSI, com a publicação de sua obra *Genese del Diritto Penale*, veio dar fortes delineamentos ao conceito de imputabilidade, fundada na responsabilidade moral. Seguindo a filosofia dominante, admitia êle um direito de punir do indivíduo preexistente ao contrato, direito êsse cedido à sociedade com o fim de preservar a felicidade comum.

Todavia, a sua teoria não envereda para o materialismo determinista, mas se orienta para as profundezas da alma humana, investigando os motivos que precedem a ação delituosa. A sua teoria de que a pena vale como contra estímulo (controspinta) ao estímulo criminoso (spinta) demonstra o seu interêsse pelo aspecto psicológico do delito.

ROMAGNOSI não nega, pois, a liberdade e, pelo contrário, a coloca como fundamento de todo o direito. Por isso define o delito como um ato completado com inteligência e liberdade. A imputabilidade moral é considerada como pressuposto irrevogável da responsabilidade jurídica:

“senza l'imputabilità morale non può esistere responsabilità penale”.

Estava, assim, perfeitamente discriminado o princípio da responsabilidade moral, que serviria de motivo determinante dos postulados da Escola Clássica. Essa Escola vai encontrar a sua expressão definitiva, na Itália, na obra de FRANCESCO CARRARA. Embora sem a originalidade de alguns de seus predecessores, o que distingue êsse autor é um extraordinário poder de lógica jurídica, a fôrça de argumentação com que expõe o seu admirável *Programma*, num trabalho extraordinário de sistematização que o consagrou como um dos maiores penalistas de todos os tempos.

Segundo a Escola Clássica, uma vez que os indivíduos agem conscientemente, têm inteira responsabilidade pelos seus atos e, por isso, são moralmente imputáveis. A liberdade de opção, a liberdade de escolha entre o bem e o mal, os fazem responsáveis e, dessa forma, devem sofrer as conseqüências dos seus atos. O crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico, uma relação entre o delinqüente e a lei escrita. É uma expressão inteiramente formal, de modo que a pena se apresenta como um castigo, decorrência lógica e merecida da ação de quem, podendo e devendo, não quis evitar o mal praticado.

Nessa conformidade, a conduta objetivamente ilícita de que proveio a lesão a interêsse penalmente tutelado só será considerada, isto é, só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente subjetivo de culpabilidade. E como falte ao vocabulário jurídico um têrmo que exprima genêricamente o elemento subjetivo do crime, de forma a abranger em seu conteúdo o querer doloso e culposos, adota-se o têrmo culpabilidade para designar o elemento psicológico do delito⁶.

Integra-se, assim, no campo do Direito Penal, o conceito de culpabilidade, que nada mais é do que o nexo

6. J. FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, vol. 2.º, p. 158.

subjetivo que liga o delito ao seu autor. Decompondo-se idealmente o delito nos seus dois elementos — o subjetivo, também chamado psíquico, e o objetivo, também chamado físico ou externo, a culpabilidade integra o primeiro desses elementos, coincidindo com êle⁷

Contudo, cumpre observar que o conceito de culpabilidade, assim considerado, não coincide exatamente com o de responsabilidade. Esta é da consequência penal atribuída a pessoa a quem se estabeleceu dever responder pelo crime. É a obrigação de sofrer as consequências do delito⁸.

De tal forma, a responsabilidade será uma decorrência da imputabilidade, mas nem sempre obrigatória porque alguém pode ser imputável, sem ser responsável⁹.

Contudo, o principio da responsabilidade moral, sustentado pela Escola Clássica, haveria de sofrer um forte impacto da Escola Positiva, sua acérrima opositora.

Na segunda metade do século passado, BENEDITO AGOSTINHO MOREL, em duas obras notáveis, uma sôbre a degenerescência (1857) e outra sôbre moléstias mentais (1870), estabeleceu as premissas da teoria da degeneração, criando o conceito das chamadas psicoses degenerativas. Esses estudos deram origem à concepção da Escola Antropológica, iniciada por CESARE LOMBROSO, que atribuída à herança o tipo biológico do delinqüente. A essa idéia aderiram, desde logo, FERRI e GAROFALO, orientando para as ciências sociais o antropologismo inicial de LOMBROSO.

Segue essa nova Escola o método indutivo de observação e de experimentação. Recomenda que o autor de cada delito seja estudado em tudo o que possa constituir fenomenologia própria a orientar a gênese do delito, sua terapêutica e sua profilaxia.

7. BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, tomo I, vol. I, p. 248, 1.^a edição.

8. REMO PAÑNAIN, *La struttura del reato*, p. 59.

9. BASILEU GARCIA, *Causalidade material e psíquica in Revista Forense*, vol. XC, p. 593.

O delinqüente age independentemente de sua vontade, forçado por circunstâncias inerentes à sua estrutura física e psíquica ou do meio. Mas a sua atividade é prejudicial, abalando a coletividade, perante a qual é responsável como perigoso. O crime fenômeno natural e social, foi o sintoma revelador do mal do qual seu autor é prêsa. A responsabilidade, portanto, à luz dessa Escola, é social. A pena não é um castigo ou medida afltiva, desde que não se admite a responsabilidade de querer, agindo o individuo ante imperativos internos e externos, mas é defesa social. A sua medida é dada, não pelo crime em si, mas pelo criminoso.

Por isso há, ainda hoje, uma tendência para sustentar a possibilidade de se prescindir da relação psicológica, dando-se maior relêvo ao ato danoso e à necessidade de uma defesa da sociedade, em face da causa produtiva do crime.

Mas, êsse entendimento não é preponderante. Com efeito, dificilmente se poderá conceber, de maneira absoluta, a teoria da responsabilidade social, legal ou objetiva, fundada na simples relação de causalidade material, sem reconhecer o fundamento da responsabilidade no elemento psíquico. Nem mesmo nas legislações de países autoritários conseguem banir de seus estatutos repressivos o fundamento da responsabilidade ético-jurídica.

Acresce, ainda, que a teoria da responsabilidade social, levada às suas últimas conseqüências, tende a dar maior ênfase intimidativa ao direito repressivo e, com facilidade, descamba do conceito de “difesa sociale”, na concepção de FERRI, para o conceito de “difesa propria dello Stato”, a exemplo das legislações autocráticas, onde o delinqüente aparece, antes de mais nada, como inimigo do regime e do Estado, e a sua intimidação representa a mais importante função do poder penal.

Ademais, a idéia de repressão, não se fixando nos seus justos limites, pode dar lugar a adoção de penas excessivamente rigorosas, e isto seria um grave êrro já que, sendo elas em extremo severas, tornam-se de aplicação mais problemática e prejudicam o objetivo da intimidação. O

próprio princípio da legalidade dos delitos pode sofrer sério golpe quando se leva muito longe o conceito de responsabilidade, como ocorre em certas legislações: “Est aussi considéré comme délite tout acte socialement dangereux qui, bien qu’il ne soit pas expressément indiqué par la loi, se rapproche par son caractère de l’un des délits prévus”¹⁰.

Por isso tem surgido entre os penalistas uma forte reação contra o que se costuma chamar em doutrina de responsabilidade pelo resultado. Daí o acolhimento geral do princípio que estabelece que “personne n’est punissable à raison des consequences de ses actes que dans mesure de celles qu’il a prévues ou pu prévoir.”

É com certa relutância que se tem admitido, nos crimes qualificados pelo resultado, o princípio da responsabilidade objetiva como medida de política criminal. Mas, mesmo nesses casos, há quem exija, para a caracterização do delito, pelo menos, um certo grau de previsibilidade do evento danoso, por parte do agente.

Atualmente, raras são as legislações que, influenciadas pela Escola Clássica, subordinam a responsabilidade delitosa à condição de ser livre (nesse sentido, notadamente, o Código Penal alemão, de 1871, § 51, o Código Penal italiano, de 1889, art. 64, e, mais recentemente, o Código Penal venezuelano de 1926, art. 62).

Os autores dos Códigos modernos, sistematicamente, se abstém de usar essa expressão. A fórmula mais freqüente consiste em exigir, para que o ato visado seja punível, que tenha sido cometido com consciência e vontade, a exemplo do Código Penal italiano, de 1930, art. 42, do Código Penal polonês, de 1932, art. 17 e do Código Penal alemão, modificado pela Lei de 24 de novembro de 1933¹¹.

Tem-se afirmado que a negação ou a afirmação do livre arbitrio é problema metafísico que escapa à demons-

10. MARC ANCEL, *Les Codes Pénaux Européens*, vol. I, p. 275.

11. H. DONNÉDIEU DE VABRES, *Traité de Droit Criminel et de Legislation Pénale Comparée*, p. 147.

tração científica e que, portanto, não pode constituir objeto de legislação penal.

Nem por isso, entretanto, as legislações modernas deixam de exigir o elemento consciência e vontade como fundamento do direito punitivo. O Código Penal italiano, por exemplo, considera indispensável para ocorrer a imputabilidade concreta “una azione od omissione comessa com coscienza e voluntà.”

O Código Penal soviético, com a orientação interpretativa baixada dos Soviets em 1958, conquanto consagre o princípio da responsabilidade legal, não discrepa dessa orientação, considerando penalmente irresponsáveis os agentes que, ao tempo da ação ou da omissão, se encontravam em estado de não imputabilidade moral.

É que, “si la existencia del ato socialmente peligroso es la base objetiva de la responsabilidad penal, la existencia de la falta es la base subjetiva”.

“La esencia de la falta reside en la actitud psiquica del individuo bajo forma intencional ou bajo forma de negligencia, frente a un acto socialmente peligroso cometido por él, condenado por el Estado y el pueblo sovietico. Sin falta no hay delito ni sanción¹².”

O moderno e notável anteprojeto de Código Penal argentino, de autoria de SEBASTIAN SOLER, estatui, em seu art. 18: “De ninguna consecuencia de la acion será responsable el autor ou el partcipe de un hecho, si con respecto a ela no ha obrado, a lo menos, culposamente”.

Sob êsse critério, o exame psíquico que no criminoso precede a ação física, põe à luz a existência de quatro tipos psicológicos de delinqüentes: 1) voluntários ou dolosos; 2) involuntários ou culposos; 3) conscientes, mas de vontade imatura ou doente; 4) inconscientes (por infância, idiotia, automatismo psíquico, delírio com doença mental ou comum)¹³.

12. HENRI CHAMBRE, *El marxismo en la Union Sovietica*, p. 174.

13. HENRIQUE FERRI, *Direito Criminal*, ed. port., p. 219.

Segundo essa divisão, acolhida em linhas gerais pelo nosso atual Código Penal, estão integralmente sujeitos à sanção penal os indivíduos incluídos no primeiro e no segundo grupo. Os do terceiro têm responsabilidade atenuada e os do último grupo escapam completamente à esfera punitiva, em virtude de causas que determinam a exclusão de sua responsabilidade, no campo do Direito Penal.

As causas que suprimem a responsabilidade e que, por consequência, afastam a pena, são de duas categorias. Uma, como nos casos de alienação mental, residem na própria pessoa do agente: têm um caráter individual e denominam-se causas de não imputabilidade ou dirimentes. Outras resultam de fatos exteriores, como ocorre nos casos de legítima defesa, e denominam-se causas justificativas. Mas, destas, não tratamos no presente ensaio, que se limita, unicamente, a um determinado aspecto da parte subjetiva do delito.

Três são os critérios, acolhidos pelas legislações penais, para se resolver o problema da responsabilidade subjetiva: o biológico, o psicológico e o bio-psicológico ou misto.

O primeiro encontra a sua expressão típica no Código Penal francês para o qual “*Il n’y a ni crime ni delit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l’action . . .*”

O segundo método atende tão só ao estado psicológico do agente no momento da ação, independentemente de se cogitar de qualquer enfermidade mental. Seguiu êsse critério o nosso Código Penal de 1890, quando dirimia a responsabilidade no caso de completa perturbação dos sentidos e da inteligência. Inspirava-se, nesse passo, no Código Penal bávaro de 1813.

Idêntico critério foi seguido pelo Código Penal português de 1886, estabelecendo no seu artigo 26: “*sòmente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade*”.

Êsses dois sistemas, sem dúvida, apresentam graves inconvenientes. O primeiro porque, como salienta a Expo-

sição de Motivos que antecede o nosso Código Penal, admite aprioristicamente um nexo de causalidade constante entre o estado mental patológico do agente e o crime: coloca os juizes na absoluta dependência dos peritos-médicos e, o que é mais, faz tábula rasa do caráter ético da responsabilidade.

A responsabilidade criminal, com efeito, é problema de ordem jurídica e não médica, como aliás reconheceu o Congresso de Alienistas reunido em Genebra, em 1907, salientando que ao perito médico compete, apenas, pronunciar-se sôbre a realidade e a natureza das perturbações mentais dos acusados¹⁴.

O segundo sistema — o método psicológico — apresenta o defeito de permitir arbítrio na prática judicial, correndo-se o risco de se admitir um extensivo reconhecimento da irresponsabilidade, contrário ao interêsse social.

De tal modo, o terceiro sistema, ou seja, o método bio-psicológico ou misto, é o que menos inconvenientes apresenta. Por isso tem merecido a preferência de grande parte das legislações penais, inclusive a nossa. Nessas legislações costuma-se mencionar, sinteticamente, os estados nosológicos ou de natureza análoga que excluam ou possam excluir a imputabilidade, fornecendo aos juizes os elementos psicológicos e jurídicos que devem guiá-los na apreciação de tais estados. Torna-se, assim, a questão da imputabilidade, para ser bem resolvida, dependente da colaboração de peritos médicos. Mas, como ela é, sobretudo, jurídica, cabe aos juizes a última palavra. Os laudos periciais servem, apenas, de elementos informadores de sua livre convicção¹⁵.

O inconveniente apresentado por êsse sistema está na impossibilidade de encontrar, na situação atual da psiquiatria, fórmulas que, em resumo, compreendam tôdas as situações nosológicas de ordem psiquiátrica que dão lugar a exclusão ou diminuição da imputabilidade¹⁶.

14. FLAMÍNIO FÁVERO, *Medicina Legal*, p. 804 (2.^a edição).

15. A. J. COSTA E SILVA, *Código Penal* (de 1940), p. 179.

16. A. J. COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 181.

Por isso, na enumeração das causas que acarretam a inimputabilidade, variam grandemente as expressões usadas pelos códigos. O alemão disciplina que: “L’acte punissable n’exist pas lorsque, au temps de sa commission, l’auteur était incapable d’en apprécier le caractère illicite et d’agir en conformité de son appréciation, du fait d’une maladie mentale, d’un trouble pathologique de l’activité mentale ou d’une débilité mentale”¹⁷. O Código holandês estatui: “N’est pas punissable celui qui commet un fait que ne peut lui être imputé en raison de son développement insuffisant ou de troubles pathologiques de l’intelligence”¹⁸.

O Código Penal suíço fala em “moléstia mental, imbecilidade ou grave perturbação da consciência”. De igual modo se expressa o Código peruano, e o argentino faz alusão a “insuficiência das faculdades, por alterações mórbidas das mesmas ou pelo estado de inconsciência”¹⁹.

O nosso atual Código Penal fala em “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, sendo que essa é considerada uma das fórmulas menos imperfeitas.

Constitui tarefa da psicopatologia forense determinar, em cada caso concreto, se a doença ou o defeituoso desenvolvimento mental produz a incapacidade a que se refere a lei. A punição será excluída se, em virtude desses fatores, o agente fôr inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do ato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.

Cuida também o nosso Código da imputabilidade restrita, uma vez que a doutrina corrente considera a impunidade dos semi-imputáveis como contrária aos fundamentos do atual direito repressivo²⁰.

A inspiração imediata das disposições relativas aos inimputáveis encontrou-a, o legislador brasileiro, no art. 10 do Código Penal suíço, que assim dispõe: “n’est pas

17. MARC ANCEL, *ob. cit.*, vol. I, p. 19.

18. MARC ANCEL, *ob. cit.*, vol. III, p. 1385.

19. A. J. COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 181.

20. A. J. COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 183.

punissable celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave alteration de la conscience, ne possédait pas, ou moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation”.

De tal forma, tanto no Código que serviu de modelo, como no nosso, a imputabilidade, como pressuposto da responsabilidade, se integra plenamente, quando ocorrer: a) certo grau de desenvolvimento mental e conseqüente maturidade psíquica; b) sanidade mental; c) entendimento ético-jurídico; d) faculdade de auto determinação²¹.

Desde que o Direito Penal venceu a fase rudemente objetiva de suas origens, o seu sistema veio a se constituir, tendo-se em vista a idéia de culpabilidade, elemento da estrutura conceitual do crime²².

Por isso, desde logo, se destacou na culpabilidade, o momento psicológico pelo qual o autor se faz sujeito ativo do crime. Mas, para isso, é indispensável que o agente seja imputável, isto é, que esteja em condição de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento. Só então poderá ser penalmente responsável e estará em condições de receber a punição como conseqüência do ato delituoso que praticou.

Para a Escola Clássica, como já se salientou, a responsabilidade penal era decorrência da imputabilidade moral, enquanto que, para o positivismo penal, o conceito de imputabilidade desaparece, absorvido pelo conceito de responsabilidade social.

Mas, entre êsses limites extremos, encontram-se correntes mistas ou ecléticas, sobressaindo-se, entre elas, a teoria de TARDE, baseada na identidade pessoal e na se semelhança social, a de VON LIST, sôbre a normalidade da capacidade de dirigir-se segundo os motivos, a de IMPALLO-

21. SALGADO MARTINS, *Sistema de Direito Penal Brasileiro*, p. 276.

22. ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, vol. I, tomo 2.º, p. 407.

MENI, sôbre a intimibilidade do delinqüente, a de MANZINI sôbre a capacidade ou personalidade do Direito Penal.

De tal forma, a doutrina da imputabilidade e, por consequência, da responsabilidade, modernamente, pode ser dividida em três grupos.

O primeiro grupo é constituído por aquêles que propugnam pela intangibilidade do instituto da imputabilidade, justificando-a através do velho conceito da responsabilidade moral.

O segundo grupo é constituído pelos que negam essa intangibilidade, porque negam a liberdade moral e concebem o instituto da imputabilidade como um conceito teórico que deve ser substituído pelo conceito da responsabilidade legal ou pelo critério da responsabilidade social, tudo fundado sôbre a reação social contra o delito.

Um terceiro grupo é constituído pelos adeptos da teoria intermédia que coloca a imputabilidade sôbre a elaboração dos elementos psicológicos conscientes, fixando-se no critério de intimidação do delinqüente, considerando-o capaz de sentir a intimidação psicológica.

O primeiro grupo é formado sob a inspiração de tendências racionalistas puras; o segundo funda o princípio geral determinante da imputabilidade na voluntariedade do fato delituoso; o terceiro, por fim, coloca a imputabilidade sob o princípio da intimidação²³.

A variedade de teorias que procuram justificar a imputabilidade está a demonstrar que o problema permanece longe de encontrar soluções pacíficas. Mas, de qualquer modo, a maior parte das concepções reconhece que o indivíduo é responsável por seus atos e por sua conduta. Sua responsabilidade será tanto maior quanto mais nítida fôr a sua capacidade de conhecer o ambiente que o cerca²⁴.

23. ALFREDO GIANNITRAPANI, *La ragione humana della Imputabilità e Responsabilità Penale*, p. 368.

24. SMIRNOV, LEONTIEV e outros, *Psicologia*, ed. Grijalbo, Mexico, p. 387.

As legislações modernas coincidem em conceituar a imputabilidade como a capacidade de entender e de querer. Sem dúvida o organismo e a natureza humana são determinados por tôdas as fôrças que sôbre êles atuam. Mas, êsse complexo organismo é, certamente, centro emissor de energias que produzem estímulos de amplas conseqüências.

Além disso, trata-se de organismo altamente autônomo, mais do que qualquer outro. Portanto, é possível considerá-lo, com toda razão, como causa eficiente das conseqüências dos atos que dêle emanam²⁵.

Portanto, o homem é algo mais do que simples juguete das circunstâncias. Possui uma vontade, que pode ser objeto de influências, e êste fato constitui a própria razão de ser da pena. Se não fôsse possível influenciar-se a vontade por meio da pena, esta não seria mais do que uma mera crueldade, como já fêz notar HUME²⁶.

Dêsse modo a alternativa entre uma responsabilidade social ou objetiva e uma responsabilidade moral é, hoje, insustentável. É um falso dilema, porque o direito é uma instância de responsabilidade autônoma, perfeitamente caracterizada. O conceito de responsabilidade deve ser entendido como um conceito jurídico, não se pensando em restabelecer a chamada responsabilidade moral. Essa solução supunha, em ambas as partes, uma ontologia rudimentar para a qual só é dado conhecer um mundo físico e um mundo moral, de modo que o direito só teria lugar em um desses compartimentos. O direito, ao contrário, está situado entre os produtos da cultura humana, como a ciência, a técnica, a arte, etc., dentro de um plano espiritual no qual a moral também se encontra.

O direito tem as suas próprias exigências e a responsabilidade jurídica apresenta uma estrutura própria e, sobretudo, uma dinâmica específica, desencadeante da

25. M. PARMELLE, *ob. cit.*, p. 372.

26. W. A. BONGER, *Introducción a la Criminología*, ed. esp., p. 69.

coação, o que torna perigoso, além de incorreto, chamá-la de responsabilidade moral²⁷.

O êrro da concepção positiva está em erigir a periculosidade do agente como critério da responsabilidade, desprezando as suas condições subjetivas, que não são levadas em conta para determinar a sua capacidade de imputação. A falta da concepção clássica está em se deixar prender a um conceito puramente racional, divorciado da experiência histórica.

A ação humana só assume características de delito quando atua em contraposição ao interesse jurídico. O crime, antes da sua interpretação antropológica, tem um conteúdo social e jurídico.

Não é uma determinada entidade nosológica que faz o homem delinqüente. Ela pode, apenas, explicar os impulsos mórbidos de sua personalidade, traduzidos em reação anti-social, mas nada significa se não fôr tomada como referência a determinada ordem jurídica²⁸.

A responsabilidade, pois, tem um conteúdo de natureza jurídica, que reside na capacidade que tenha o agente em distinguir aquilo que é virtude daquilo que é vício, em distinguir o lícito do ilícito penal.

27. SEBASTIÃO SOLER, *Exposição de motivos do ante-projeto de Código Penal argentino*.

28. SALGADO MARTINS, *ob. cit.*, p. 372.

Entrega ao professor Waldemar Ferreira
do título de membro honorário do Instituto
dos Advogados Brasileiros.

Realizou-se, às 16 horas do dia 23 de janeiro de 1963, no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sessão conjunta do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Rio de Janeiro, e do Instituto dos Advogados de São Paulo, para a solenidade da entrega, por aquêle, ao Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Dr. Waldemar Martins Ferreira, do título de membro honorário daquele sodalício nacional.

Pela quarta vez, na vida mais que secular daquele Instituto, se conferia ao professor paulista, a honraria até agora concedida a Ruy Barbosa, Clóvis Bevilacqua e José Xavier Carvalho de Mendonça, um baiano, um cearense e um pernambucano.

Constituída a mesa pelo Dr. Celestino de Sá Freire Basílio, presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. José Barbosa de Almeida, presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, Dr. Noé de Azevedo, presidente da Ordem dos Advogados Brasileiros, Secção de São Paulo, e Dr. Luiz Antônio da Gama e Silva, Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, presentes autoridades civis e judiciárias e grande multidão, que lotou o salão nobre do tradicional estabelecimento do ensino jurídico no Brasil — o Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, em rápido discurso, justificou a homenagem que, naquele momento, se iria prestar ao jurisconsulto brasileiro, que tanto se distinguira no ensinamento do Direito na casa em que seu saudoso pai fizera o seu aprendizado, distinguindo-se



Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Celestino Sá Freire Basilio, tendo à direita os Drs. José Barbosa de Almeida

Nos de Azorido é conhecido os Drs. Waldemar Bassato e Luis Assis.

como figura das mais brilhantes de seu tempo, o que lhe era grato recordar.

Introduzido o homenageado no recinto, sendo recebido por calorosa manifestação de aplauso da assistência, que era numerosa, deu a palavra ao Professor Guilherme Perceival de Oliveira, que proferiu brilhante improviso, como seu antigo aluno, em nome da Congregação da Faculdade de Direito.

Entregue pelo presidente ao homenageado o título de Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, o Dr. Otto de Andrade Gil, seu antigo Presidente proferiu brilhante discurso.

Discurso do Dr. Otto Gil.

Eminente Professor Waldemar Ferreira:

Concedeu-me o Instituto dos Advogados Brasileiros, pela segunda vez, a elevada honra de o saudar, em nome dos juristas brasileiros.

A primeira, em nossa própria sede, no Rio de Janeiro, ao lhe fazermos entrega da “Medalha Teixeira de Freitas”, prêmio maior que o nosso Conselho Superior concede, como nobilitante honraria, ao jurisconsulto brasileiro que, pelo valor de seus trabalhos, em conjunto, mais se tenha destacado nos meios jurídicos nacionais, em determinada época. Isto foi em 1956.

Decorridos seis anos daquela memorável solenidade, a que compareceram todos os Presidentes dos Tribunais Superiores do país; ministros de Estado; Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados; professôres, ao lado de inúmeras personalidades do maior destaque cultural, voltamos a dirigir-lhe a palavra, por delegação do nosso Instituto.

Não carece de justificativas outras, eminente Mestre, que a simples consideração de sua obra jurídica, vasta e

erudita, e da sua posição ímpar, entre os homens do Direito de nossa geração, o galardão que ora lhe concedemos, ao fazê-lo Membro Honorário do nosso austero e venerando Instituto dos Advogados Brasileiros, título êsse com o qual foram agraciados, na vida centenária do nosso Sodalício, apenas três dos maiores jurisconsultos brasileiros: Ruy Barbosa, Clóvis Beviláqua e José Xavier Carvalho de Mendonça. Ruy, o construtor do nosso Direito Constitucional e paladino das liberdades que ainda hoje desfrutamos; Clóvis, o corajoso codificador do nosso direito civil e J. X. Carvalho de Mendonça, o sistematizador das instituições do nosso direito comercial, disseminadas pelos mais variados diplomas legislativos.

Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, Professor Gama e Silva;

Senhor Presidente do Instituto dos Advogados de S. Paulo, Dr. José Barbosa de Almeida:

Louvores não lhes sejam poupados, pela nobre atitude de nos receber, sob as arcadas dêste augusto templo, onde pontificou o emérito professor Waldemar Martins Ferreira, possibilitando-nos agraciá-lo, na própria oficina de trabalho, emprestando, senhor diretor da Faculdade e senhor Presidente do Instituto, com a sua valiosa adesão e inestimável colaboração, maior relêvo a esta consagração, a um dos seus Maiores.

Senhor Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Professor Celestino Sá Freire Basílio;

Senhor Presidente do Conselho da Ordem dos Advogados de S. Paulo, Prof. Noé Azevedo;

Altas Autoridades. Senhoras e Senhores. Meus estimados Colegas:

É natural que comecemos por dizer-lhes, a todos que nos dão a honra de nos ouvir, que o reduzido número de jurisconsultos, admitidos como membros honorários de nosso Instituto, resulta da severidade com que sempre fizemos a seleção, premiando, realmente, figuras exponen-

ciais de nossa classe, pelo muito que fizeram em prol de nossas instituições jurídicas, como construtores.

Preocupâmo-nos, por igual, em que se não banalizasse, nunca, a investidura maior que temos a dar, nós, que no Instituto trabalhamos, incansavelmente, para o aperfeiçoamento da Ordem Jurídica, sempre desvinculados de tôda e qualquer ligação com os poderes públicos, dos quais nunca dependemos, nem dependeremos jamais, pois temos em alta conta, a missão de preservar um passado glorioso, de independência e de lutas, em prol da liberdade e do direito, passado êsse que devemos legar engrandecido, às gerações que nos sucederem.

A Waldemar Ferreira não faltam, antes sobejam, requisitos de inteligência, de cultura, de probidade profissional e de bravura cívica, para o alinhar ao lado de Ruy, o intemerato defensor de nossas liberdades públicas; de Clóvis, o erudito codificador e de Carvalho de Mendonça, o preclaro doutrinador.

O nosso julgamento e a nossa decisão, não se limitaram, como ides ver, ao simples exame da valiosa produção científica do Homenageado. Consideramos, também as atividades do advogado de escól que êle é; do parlamentar operoso, que êle foi, e, por igual as suas atitudes cívicas no passado e no presente, desassombradas, invulgares e marcantes.

Recordâmo-nos de certa passagem, no Congresso do Direito Judiciário Civil, realizado sob os auspícios de nosso Instituto, com a presença das figuras mais expressivas dêsse ramo de Direito, para debater temas sôbre a reformulação de Direito Processual Civil. Fôra apresentada uma tese, exaustivamente justificada pelo seu autor, enaltecendo o recurso de revista.

Ao se manifestar sôbre êsse trabalho que objetivava incluir, no Direito Processual, aquêle Instituto reinícola, Waldemar Ferreira arrazou irreplicavelmente o recurso de revista, estigmatizando-o, como a mais lamentável chicana

processual a eternizar os pleitos, para desespero dos litigantes e dos seus patronos. A proposição foi rejeitada.

Assim, também, em outro congresso jurídico, realizado nesta Capital, em que havia em pauta uma tese sôbre a conceituação da Empresa, Waldemar Ferreira solicitou, quando menos se esperava, pronunciamento de certo professor, que, ao que se supunha, era paladino da idéia que a tese concretizava. O interpelado, não querendo (ou não podendo), de pronto, atender ao repto para a discussão, alegou que se tratava de assunto para discorrer horas seguidas e que não podia ser tratado em dez minutos... Mas, afinal, acabou dizendo alguma coisa.

Argüindo, certa vez, nesta faculdade, candidato à docência, sôbre tese versando *A Função Administrativa do Estado*, em que o plágio, grosseiro e indefensável, se conjugava à insciência do examinado, não teve dúvida Waldemar Ferreira em dizer que, nem ao menos havia o candidato recorrido a escólios de autores pouco conhecidos, antes se limitara a tomar, como próprios, em deslavada cópia, conhecidas lições dos mais divulgados tratadistas do direito administrativo, nacionais e estrangeiros, familiares a todos os estudantes da disciplina. A inesperada revelação, deixou perplexo o auditório, determinando a desistência da pretensão do ousado plagiário.

Da mesma forma, examinando um concurso para cadeira de Direito Comercial, na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, Waldemar Ferreira descobriu que o candidato dissertara sôbre o *Foenus Nauticum* à custa de Brunetti e de outros tratadistas italianos. O Candidato reprovado iniciou um processo criminal contra alguns dos membros da banca examinadora, excluindo, todavia, Waldemar Ferreira, certo, pelo respeito à sua alta autoridade moral.

Essas atitudes desassombradas do jurista, que entre outras muitas agora recordo, nada mais eram do que o reflexo de sua formação moral e intelectual. Desestimando posições cômodas, quando se fazia preciso debater e con-

trariar, e inconformado, sempre, com quaisquer situações de atentado à liberdade, de desrespeito ao direito e de menosprezo à justiça, havia de tomar posição marcante, como tomou, na revolução constitucionalista de 32 contra a ditadura Vargas, juntando-se aos moços desta Faculdade, que escreveram página imortal naquele feito, simbolizada, hoje, no M.M.D.C. sob a bandeira, que então aqui se desfraldou, “*Pro São Paulo, fiant eximia*”.

É assim, sempre foi assim e há-de ser assim o Professor Waldemar Ferreira, até o último alento; como Ruy, sem receio dos poderosos, profligando-lhes a conduta ditatorial, ostensiva ou velada, como ainda recentemente o fêz, demonstrando, de público, com argumentos que não tiveram resposta, a inconstitucionalidade da lei que instituiu o referendo e que pretendia tornar obrigatório, para o eleitor, uma simples faculdade: votar ou não votar.

Essas atitudes lhe tem valido alguns dissabores. E bastante sérios. E até banimento da Pátria, como aconteceu com a vitória das armas legais contra São Paulo, em 32.

Foi então, deportado para Portugal, em precária situação de saúde, deixando no Brasil, os seus entes mais queridos. Mas, como, em quase tôdas as coisas más, que nos acontecem na vida, há sempre algo que ao cabo de contas nos resulta proveitoso, essa estada forçada no velho continente, permitiu ao Mestre aprofundar os seus estudos de Direito Pátrio, dando-lhe oportunidade de proferir, na Sala dos Atos Grandes da Faculdade de Direito de Lisboa, uma série de eruditas conferências que lá se suplicaram, num volume titulado *Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro* e que lhe valeram a justíssima homenagem que lhe prestou aquela Faculdade, conferindo-lhe, em sessão Magna, o título de Doutor *Honoris Causa*, ao qual vai êle juntar, de agora por diante, o título de alta significação honorífica, que lhe outorgou a centenária Casa dos Juristas Brasileiros, fundada há cento e vinte anos, por Francisco Gê Acaiaba de Montezuma, na Capital do Império do Brasil.

O exílio em Portugal, propiciando a Waldemar Ferreira contato direto com as genuínas fontes do nosso Direito, permitindo-lhe o manuseio de preciosos manuscritos e das melhores edições das Ordenações do Reino de Portugal, das leis extravagantes, e o conhecimento mais completo da vida e obra dos grandes juristas portugueses e, particularmente, dos reflexos da ação renovadora do Marquês de Pombal sôbre as velhas instituições reinícolas, abriram caminho seguro para as suas magníficas aulas no curso de doutorado desta Faculdade sôbre a *História do Direito Brasileiro*, disciplina que, ao nosso ver, devia constar do currículo obrigatório de tôdas as faculdades de direito, por ser indispensável ao perfeito conhecimento de Direito, em qualquer dos seus ramos.

Sinceramente convictos, de que é exata a doutrina de Savigny, partidários decididos, que somos, do Historicismo, entendemos que o direito de cada povo tem suas raízes nos seus costumes, nos seus usos, nas suas tradições¹, (fontes nas quais o legislador deve buscar inspiração e norte), não compreendemos que se não inclua no curso de bacharelado, como obrigatório, o estudo da História do Direito, já agora facilitado aos alunos, pela obra profunda de Waldemar Ferreira, que veio complementar os antigos estudos de Martins Júnior, atualizando-os.

Em França, como todos sabem, a última reforma dos estudos jurídicos consistiu na redução do currículo, sem

1. Conforme a lição de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, no Vol. I, p. 43/44, do seu *Tratado, in verbis*:

— “O direito não se inventa, não nasce do arbítrio nem surge, espontâneamente dos Congressos legislativos. Desenvolve-se no terreno social, num ambiente histórico em relação ao grau de civilização, aos usos e costumes, à organização política dos Estados.

Ao Jurista interessa conhecer a história do direito, porque “o presente, ainda depois das mais profundas revoluções morais e sociais, liga-se ao passado por vínculos tais que não se poderiam romper sem torná-lo um enigma”.

prejuízo, porém, da história das instituições que é feita, como parte preliminar da aprendizagem de cada disciplina.

A vasta obra jurídica de Waldemar Ferreira que se vai compensando no seu magnífico *Tratado de Direito Comercial*, já em nove volumes, não é fruto de improvisação. Por isso é valiosa e será duradoura, ainda quando se modifique o direito positivo, cuja reelaboração se anuncia, vez por outra, com muita ênfase, mas pouco resultado...

A experiência do Advogado; a sistematização de estudos a que o obrigara a cátedra; a constante preocupação do conhecimento do direito de outros povos; a crítica à jurisprudência dos tribunais, exercitada nas páginas de sua estimada *Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro*, ao lado das suas investigações sôbre as fontes remotas de nosso Direito Mercantil, lhe forneceram material indispensável à construção sólida que vem fazendo de seu moderno *Tratado*, onde se encontra, sempre, o que aprender e onde a opinião do autor é a constante, embora sem desprezo dos mais renomados comercialistas do país e do estrangeiro.

Aquelas palavras que lhe dirigiu Mestre José Xavier Carvalho de Mendonça ao acusar o recebimento dos primeiros *Estudos de Direito Comercial*, foram o roteiro de tôda a sua produção científica. Dissera-lhe então, Carvalho de Mendonça:

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

Concomitantemente com essa diretriz, que se manteve inalterada nas suas valiosas teses de concurso: *A hipoteca*

Naval no Brasil; Os Credores Privilegiados e o Direito de Pedir a Falência; o Menor Comerciante; Sociedades Comerciais Irregulares, (cuja análise fizemos ao lhe ser conferido o prêmio Teixeira de Freitas), a obra fecunda de Waldemar Ferreira resulta dêste outro rumo inalterável de sua vida, promessa do docente aos seus alunos, na aula inaugural de 18 de maio de 1925, em têrmos que nos apraz recordar:

“Sou, como vós, estudante. Porque já percorri as províncias da ciência jurídica que ides percorrer agora, serei, nesta jornada, vosso cicerone.

Estudaremos juntos o programa. Estudaremos. Êste verbo tem péso excessivo aos ouvidos dos moços, sonoridade metálica. Mas, certamente, estudaremos. Eu e vós. Vós estudareis. Porque, em verdade, ainda não se descobriu outro processo de aprender. Aprendendo é que se sabe, ou, ao menos, se adquire a presunção de saber.”

Estudante, sempre. Estudioso, por temperamento. Professor, quer na cátedra, quer fora dela, proporcionando, através dos seus pareceres; dos artigos de doutrina, divulgados nas revistas jurídicas; da crítica aos julgados; das cartas em que prontamente responde a dúvidas de antigos alunos e de quantos busquem a lição de sua experiência e o seu conselho, como sucedeu com a jovem estudante de Pôrto Alegre que dêle indagava, em carta, qual a lei federal que assegura ao comerciante prisão especial, pergunta simples que o obrigou a percuente pesquisa para saber donde provinha o motivo da indagação da consulente. Apurou-o; dilucidou a dúvida e respondeu à missivista.

Assim é o Mestre, cuja vida afanosa, não o distrai da profissão; não o afasta do escritório e lhe permite lazeres para estudar e escrever seu *Tratado*, já agora programado para uma edição em 15 volumes, obra a que êle se dedica

com o propósito de oferecer ao Brasil livro útil e duradouro, que forme, com o *Tratado* de J. X. Carvalho de Mendonça, as vigas mestras do nosso Direito Mercantil.

Ainda recentemente, escrevia-me o ilustre professor Juan Agustin Mojano, da Faculdade de Derecho e Ciencias Sociales de Buenos Aires, acusando trabalhos sôbre J. X. Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira, que eu lhe havia oferecido:

“Son felices ustedes, por tener tan eminentes
Mestres coevos: J. X. Carvalho de Mendonça e
Waldemar Ferreira”,

e, aludindo ao fato de possuir *Tratado de Direito Comercial* de ambos, concluía:

Son obras que tengo siempre em mano, em
mi estudio, para aclarar mis dudas.”

O Instituto dos Advogados Brasileiros tem acompanhado essa vida tão harmoniosa e de ensinamentos tão edificantes. Para premiar-lhe o esforço patriótico, deliberou, sob aclamação do plenário, de uma das sessões do mês de dezembro do ano findo, trazer Waldemar Ferreira para o quadro dos seus sócios. Não, como sócio efetivo, para cuja admissão já seria rigorosa a seleção, mas como *Membro Honorário*, nume tutelar da velha Casa dos Juristas.

Esta solenidade é a etapa final dessa deliberação de que fomos proponente, com todos os demais antigos presidentes do nosso Instituto, acompanhados por mais de 40 sócios efetivos.

Para prestigiá-la aqui se encontram professôres, juizes, advogados, discípulos e amigos.

Bem sabemos, eminente Mestre e querido amigo, que falta aqui, hoje, alguém cuja presença lhe seria a mais grata. A saudade é, porém, uma eterna presença, e já nô-lo

comprovou a oferenda, escrita com a maior ternura, (e a que nos associamos) do oitavo volume do *Tratado*. Que Deus lhe conceda a suprema ventura de concluí-lo.

Oração do Professor Waldemar Ferreira.

Há frases feitas pela sabedoria popular, de sugestiva eloqüência. Tal a que agora me vem à mente, de que a gratidão é o mais nobre e digno salário pagável às almas generosas pelo bem que fazem. De resto, a gratidão é dever, que insta cumprir, e não direito, que se possa exigir. Há de ela, por isso mesmo, advir da espontaneidade, que lhe dá o tônô do reconhecimento.

Não disponho, Senhor Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, de outra e mais valiosa moeda, com que possa saldar meu débito para com a vossa munificência.

Há seis anos, vós me engalanastes com o Prêmio Teixeira de Freitas, que de ordinário concedeis aos que se sobreexcelem por serviços prestados à cultura jurídica do país.

Naquela assentada, a honraria proveio de proposta, que coroastes com o vosso beneplácito, formulada pelo bastonário Levi Carneiro, emérito jurista patricio; e tive a fortuna de recebê-la na vossa oficina de trabalho — a Casa de Montezuma, acolhido por palavras carinhosas do depois presidente Otto Gil, jurista exímio, que me calaram profundamente no espírito.

A distinção, que agora me concedeis, incluindo-me no quadro de vossos consócios honorários, em que figuram, depois de mais de um século de existência da instituição, apenas três nomes, dos maiores do país — Ruy Barbosa, Clóvis Bevilacqua e José Xavier Carvalho de Mendonça, os mais altos expoentes da cultura jurídica nacional — vem acrescida de circunstância impar, qual a de ter-se originado de proposta dos antigos presidentes Edmundo de

Miranda Jordão, Levi Carneiro, Haroldo Valadão, Oswaldo Murgel de Rezende, Otto de Andrade Gil e João de Oliveira Filho, subscripta por mais de trinta sócios efetivos, o que lhe empresta valia imensa, que evidentemente eriça e sublima minha pobre vaidade humana.

Homem afeito ao trabalho incessante e de todos os dias, quase sempre iniciados aos primeiros alvares matutinos, nenhuma paga poderia eu por êle porfiar, que não fôsse o do pregão público de sua utilidade para a cultura jurídica nacional.

E isso vós acabais de dizer-me, ainda uma vez, pelo discurso, tão elegante nos conceitos, quão atilado nos pormenores de minha vida, que acaba de proferir êsse magnífico Otto Gil, colega e amigo queridíssimo, ao qual reitero a expressão de minha admiração e estima, que o tempo de nosso convívio tem aumentado.

Nutro-me, neste instante, da satisfação de imitar o exemplo de Francesco Carnelutti, ao manifestar-se sôbre a missão do jurista, dizendo que a sabedoria, ou, mais modestamente, a doutrina, é forma de riqueza. Dado, como a quase todos da sua e da minha idade, à meditação, sempre apaixonante, do Evangelho, em passagem em que alude ao perigo da riqueza e a dificuldade de os ricos entrarem no reino dos céus, observou que idêntica dificuldade se apresenta aos doutos. Lembrou que o próprio Evangelho ensina como se poderá fazer passar um camelo pelo buraco de uma agulha: basta distribuir generosamente, tanto a riqueza do dinheiro, quanto a da doutrina, com a diferença de que a doutrina não é riqueza que se possa gozar, retendo-a com a mão fechada do avarento.

E nós os doutos (perdoai-me se entre êstes, pela necessidade do discurso, me incluo) como poderemos dar aos outros, generosamente, nossa riqueza espiritual? Pelo livro? Eis a dúvida em que ficou o jurista italiano, propondo a interrogação.

Mas o livro, em seguida proclamou, é discurso; e discurso é diálogo.

Nisso reside a essência da objeção que formulou.

A doutrina, quando se exprime pela palavra escrita, ou pela palavra falada, não é riqueza que se possa deter e gozar sòzinho. Não! A sabedoria, para nascer e crescer, tem necessidade de ar livre, como o grão; e depende de circulo que a compreenda e faça compreender, a fim de se propagar e redistribuir-se.

Ora, mais não fiz eu, até alcançar a anciania, que atingi, mas em que, graças a Deus, ainda não envelheci, do que acumular, dia a dia, mas também a distribuí-la diàriamente, a minha riqueza, a minha doce e suave riqueza, que se constitui do meu patrimônio intelectual.

Investindo-me do título que neste momento me foi entregue, materializado no diploma, que me inclui na vossa confraria, meus prezados colegas do Instituto dos Advogados Brasileiros, vós ainda vos excedestes. Transformastes a obrigação, que deveria, na nossa terminologia usual, expressa, de resto, em francês, ser *quérable*, em *pottable*. Em vez de eu ir a vós, viestes a mim; e aqui me galardoais, em sessão conjunta com a do Instituto dos Advogados de São Paulo, de que tive a sorte de ser um dos fundadores, realizada neste, embora remoçado, sempre velho mosteiro de São Francisco, em que, há mais de cem anos, se instalou e funciona o Curso Jurídico criado em 1827.

Esta é a casa benemerita e gloriosa, em cujas arcadas poetas cantaram, oradores falaram, jornalistas se emplumaram, políticos se iniciaram nas grandes pelepas da nacionalidade e juristas se formaram, no aprendizado e no ensino, não poucos trocando os bancos acadêmicos pelas cátedras, na natural transformação dos discípulos nos mestres, para que a tocha luminosa da cultura corresse de uma para outra geração.

Fui, para gáudio meu, um destes. Transpuz as antigas arcadas no começo do século; e sob elas me iniciei no

aprendizado jurídico, não sem cantar como poeta, falar como orador, defender minhas crenças de político, que são as mesmas, e de jurista, que cuidei de acrescer e aumentar nos embates do pretório, de que ainda não desertei.

Advogado fui por vocação. É a advocacia a profissão difícil e árdua, que pode proporcionar as duas riquezas a não muitos — a do dinheiro e a da cultura jurídica.

Confesso, em público e razo, que não alcancei daquela senão o suficiente para viver decentemente e formar, criar e manter, do mesmo modo, família numerosa, que constitui meu enlevo e autêntica riqueza, como dádiva divina. Mas não dissimulo que da outra me tornei rico, porque a advocacia me exigiu o trato diuturno da doutrina.

Quando transmudei minha banca da comarca de meu nascimento para o dêste planalto piratiningano, o comércio se debatia em grande estado de crise, em consequência das falências e concordatas, que se decretavam em quase todo o Estado, e se encerravam melancolicamente, por pagamentos de um, no máximo três por cento.

Criada, para debelação da crise, associação do comércio, destinada à defesa da classe nas falências, fui um de seus advogados; e então tive de, como se fôsse caixeiro-viajante, percorrer as comarcas do Estado e até de Minas Gerais e Mato Grosso, numa faina incessante, que exigia trabalhos doutrinários pela multiplicidade e variedade das matérias, incidentes e recursos.

Veio daí a minha especialização em matéria comercial, que me levou, também naturalmente, à conquista da cátedra da disciplina nesta Faculdade de Direito.

Professor, cumpro, ao que supponho, integralmente minha missão. As minhas lições jamais se improvisaram. Eram preparadas, tôdas as manhãs, cuidadosamente. Ou as escrevia, dia a dia, embora jamais fôsem lidas; ou tomava as notas, que depois escrevia, de onde terem sido publicadas, em 1927, em dois volumes, que foram os do meu *Curso de Direito Comercial*.

Eis como comecei a distribuir, já então dever de ofício, a minha riqueza doutrinária. Não a conservei comigo. Pus-me, desde então, com os meus livros, a dialogar com os juristas brasileiros. Não guardei, a sete chaves, a minha riqueza. Mas tenho a certeza que nisso não fui simples perdulário, antes trabalhador infatigável, sincero e fiel aos princípios da ética e da ciência.

Não fôr assim e certamente eu não seria digno desta homenagem, de que posso orgulhar-me; e vos agradeço, meus eminentes confrades do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados de São Paulo, comovidamente, o muito que me destes.

BIBLIOGRAFIA.

VICENTE RAO, *Ato Jurídico*, Max Limonad Editor, 462 págs., São Paulo, 1961.

Ao completar o vigésimo quinto ano de seu ensinamento na cátedra de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quis VICENTE RAO que aquêlê feliz evênto ficasse indelêvelmente marcado na vida jurídica do país. Assim, com ares de quem dá aos pósteros a sùmula do que foi seu magistério, tão alto mercê de sua vasta e sòlida cultura jurídica, quão eficiente pela elegância com que o havia ministrado, planejou e realizou a publicação de grande obra, em que se encontrasse a teoria geral de sua disciplina.

Reproduziria dessarte o feito de um de seus antecessores na mesma cátedra, de que se tornara titular, no último quartel do século passado — o Conselheiro ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, que iniciara a publicação de seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*, com um primeiro volume, que ficou sendo o único de *Introdução ao Estudo de Direito Civil*. Essa foi obra que se tornou clássica e impar na literatura jurídica do tempo e ainda agora de grande utilidade para os que se iniciam no estudo do direito.

Jurista à conta inteira, profundo nos conhecimentos e largo na amplitude de sua penetração no direito universal, a obra de VICENTE RAO, em novos moldes, se apresentou com o sugestivo título, que lhe denunciou a originalidade — *O Direito e a Vida dos Direitos*. Poderia ter dado, ao primeiro lance, a impressão de que seria simples monografia, de natureza mais filosófica, do que jurídica. Mas seria, como foi, passageira tal impressão. O que, de verdade, ela era, dissimulada por aquêlê título, antes se apresentara como autêntico tratado da teoria geral do direito.

Seu primeiro volume, com efeito, se editou em 1952, em dois grossos tomos, totalizando 743 páginas sob o título de — *O Direito*. Tinha-se nelas, o autor o disse, o estudo dos direitos em ação, em vida; e seu propósito se convolou no de imprimir a seu trabalho o caráter de *Introdução Geral ao Estudo do Direito*.

Realizou-o, realmente, quando, em 1958, publicou o segundo volume, num só tômo, de 494 páginas, sob a epígrafe — *Os Direitos*. Elaborado num título, que seria o primeiro — o da

Teoria Geral do Direito Subjetivo, em quatorze capítulos de doutrina bem nutrida, teria seguimento em quarto volume, que veio à publicidade em 1961, abarcando 402 páginas.

Nesse ponto, o tratadista entendeu que o seu “ensaio” seria merecedor, devido à extensão da matéria, de destaque, formando volume autônomo, em que se contivesse o conceito do ato jurídico e de seus elementos essenciais e acidentais, dedicando um título especial ao problema do conflito entre a vontade (ou melhor, entre os elementos volitivos) e sua declaração.

Esse volume é o do — *Ato Jurídico*.

Como a tocha da tradição, na velha Faculdade de São Francisco, anda de geração em geração, o autor reiterou estudo de outro de seus antecessores na sua mesma disciplina — o Professor JOSÉ AUGUSTO CESAR, tão modesto e humilde, quão exímio e sábio no seu ensinamento, que editara, em 1913, excelente monografia — *Ensaio sobre os atos Jurídicos*, pequena joia da literatura jurídica nacional.

O novo livro de VICENTE RAO entrou, em cheio, na análise dos fatos voluntários, ou não, que, por produzirem efeitos jurídicos, se denominam *fatos jurídicos*, como antes os qualificara TEIXEIRA DE FREITAS, na sua famosa introdução da *Consolidação das Leis Cíveis*. Mas deu maior extensão à análise daqueles fatos que, especificamente, se qualificam como *atos jurídicos*, porque neles a vontade autônoma dos agentes se dirige, imediatamente, à consecução dos correspondentes efeitos práticos definidos e tutelados pelo Direito.

Estruturalmente, o livro se divide, em três títulos. O primeiro, é o dos fatos jurídicos e sua classificação; os atos jurídicos e suas espécies. O segundo é o do desdobramento dos requisitos dos atos jurídicos e seus pressupostos e elementos essenciais. O terceiro é o do conflito entre os elementos volitivos e a declaração.

Assim concebido e realizado, êste grande tratado do *Ato Jurídico* não teve similar no país. Não é exagero dizer que não tem igualia no estrangeiro.

Dando-o à publicidade quando o tempo — que tão benéfico lhe foi, prolongando-lhe a vida, tão bem vivida pelo homem e pelo cidadão — lhe encerrou o magistério jurídico pela jubilação, o grande professor o fechou com chave de ouro.

WALDEMAR FERREIRA, Professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de São Paulo, *Tratado de Direito Comercial*, t. I, *Étude historique et principes généraux*, 549 p.; t. II, *Statut du commerçant*, 453 p.; t. III, *Société de personnes*, 564 p.; t. IV e V. *Sociétés par actions*, 467 et 680 p., Édit. Saraiva, São Paulo, 1960 et 1961.

La publication du grand traité du Pr. FERREIRA constitue un événement de première importance pour tous les commercialistes. C'est l'ensemble du droit commercial qui en est l'objet. Il serait fastidieux d'en énumérer les chapitres dans lesquels l'auteur donne libre cours à sa science et expose les grands problèmes de la discipline avec toute l'autorité du grand commercialiste.

Bien qu'essentiellement consacrés au droit brésilien ses développements font appel à chaque instant aux données du droit comparé. C'est dire que sa consultation est indispensable pour tous ceux qui ont affaire à des sociétés brésiliennes, par exemple, mais que sa lecture peut aussi être fructueuse pour tous ceux que s'intéressent au droit des sociétés.

R. H.

(Roger Houin)

(*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, 1962,
Librairie Sirey, vol. 15, p. 187, n.º 111)

WALDEMAR FERREIRA, Professeur émérite à l'Université de São Paulo, *Tratado de Direito Comercial*, 7.º vol., *Le statut de l'établissement et l'entreprise commerciale*, 439 p., Édit. Saraiva, São Paulo, 1962.

L'éminent commercialiste poursuit avec rapidité la publication de ce monumental *Traité* dont les sept premiers volumes ont paru depuis 1960 et qui doit en comprendre au moins quinze. Le sixième et le septième sont consacrés aux établissements commerciaux. On trouvera dans le septième les développements relatifs à la propriété littéraire, scientifique et artistique, aux contrats sur le droit d'auteur, aux entreprises cinématographi-

ques, aux spectacles publics et aux journaux. La quatrième partie traite de la propriété incorporelle, de la clientèle et de la concurrence déloyale; dans une cinquième partie, l'auteur étudie l'organisation administrative de l'établissement, les auxiliaires du commerce, la vente, le gage et l'usufruit de fonds de commerce.

L'ouvrage est spécialement consacré au droit brésilien, mais il contient de nombreuses références de droit français, italien et allemand; et les idées de son savant auteur méritent d'être lues et méditées.

R. H.

(Roger Houin)

(*Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, 1962,
Librairie Sirey, vol. 15, pag. 818, n.º 93).

WALDEMAR FERREIRA, Professeur émérite à la Faculté de Droit de São Paulo, *Tratado de Direito Commercial*, t. 8, 549 p., t. 9, 451 p., Edit. Saraiva, 1962.

Avec une belle régularité, le Professeur WALDEMAR FERREIRA fait paraître l'un après l'autre les volumes qui sont appelés à constituer son monumental *Traité de Droit Commercial*.

Le tome VIII comprend une première part consacrée à la théorie générale des contrats commerciaux et des titres de crédit; le savant commercialiste brésilien y expose sa conception du titre de crédit, de sa littéralité et de sa circulation. Dans la seconde partie, il traite des contrats et titres d'argent, spécialement de la lettre de change et du billet à ordre, consacrant des développements forts intéressants aux droits, obligations et actions cambiales.

Le tome IX commence par une étude des contrats bancaires: la carte de crédit, l'ouverture de crédit ordinaire ou en compte courant ou documentaire, le compte courant, il chèque. Il se termine par une théorie très complète de l'emprunt obligatoirement.

Ce traité de M. FERREIRA est avant tout doctrinal: il a moins pour objet de décrire un droit positif et de commenter la jurisprudence qui l'a appliqué que de discuter ce droit positif pour l'approuver ou le critiquer en confrontant les thèses personnelles de l'auteur avec celles des autres juristes.

C'est dire que l'intérêt d'un tel Traité, écrit par un juriste particulièrement compétant, dépasse les frontières du Brésil; il a la généralité et la permanence des grands oeuvres.

R. H.

(Roger Houin)

(De la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, 1963, Librairie Sirey, 16^{me} Année, pág. 204).

JÚLIO OLAVARRIA ÁVILA, *Los Códigos de Comercio Latino-Americanos*, Editorial Jurídica de Chile, 473 págs., Santiago de Chile, 1961.

Abre-se este interessante livro do catedrático de Direito Comercial da Universidade do Chile, com extensa bibliografia internacional, européia e latino-americana, seguida de uma lista de códigos latino-americanos.

Vivaz é a introdução de Direito Comparado Externo, que se inicia com o estudo da evolução e diferenciação dos países latino-americanos e da evolução da Espanha e de Portugal, explicando as fases do processo da codificação comercial européia e o sistema jurídico a que pertence a legislação mercantil latino-americana.

Essa matéria é desenvolvida em percuciente análise dos códigos e leis latino-americanos, que se prolonga até aos dias atuais, em todos os seus aspectos, traçando, com largo descortino, as diretrizes legislativas de cada país, fazendo nutrido sumário bibliográfico e terminando por um capítulo sobre o porvir da ciência jurídica européia e latino-americana.

Depara-se, na primeira, o exame da legislação diretamente influenciada pelos códigos europeus, qual o da França — no Haiti e em São Domingos; tal o da Espanha de 1829 — na Bolívia e na Costa Rica; e o de 1885 — em Cuba, México e Perú. Ademais, o influenciado pelos Códigos da Espanha de 1829, de França de 1807 e de Portugal de 1833 — o do Brasil.

Têm-se, na segunda parte, os códigos que se elaboraram sob o influxo direto ou preferencial dos códigos americanos, quais os do Chile, Colômbia, Equador, Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá e Venezuela.

Nesse quadro deveriam ter figurado os códigos da Argentina e do Uruguai, este porque se filiou àquele, e o da Argentina por ter seguido a orientação do Código brasileiro, em boa parte.

Resulta dessa resenha a importância desta obra, que facilita o entendimento preclaro da legislação mercantil latino-americana.

W. F.

MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1.º vol., 414 págs., Max Limonad Editor, São Paulo, 1962.

Antes que tivesse ingresso no professorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, MOACYR AMARAL SANTOS já se havia consagrado como processualista, editando a sua *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, em cinco volumes, três vezes laureada com o primeiro prêmio do Instituto dos Advogados de São Paulo, a atingir a quarta edição.

Concorrendo à cátedra de Direito Judiciário Civil, editou, em 1947, a dissertação — *Das Condições da Ação no Despacho saneador e, em 1953 a Introdução ao Estudo do Processo Cominatório (Processo Monitorio no Direito Brasileiro)*, com as quais obteve o título de livre docente.

Com outra dissertação, em 1958, *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*, ascendeu da livre docência à cátedra, de que é agora titular.

Naquele mesmo ano, publicou as *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*, em dois grossos volumes, obra que alcançou sucesso realmente merecido, e que a aceitação no mundo jurídico coroou sobejamente, esgotando-lhe a edição, de um lado, e de outro recebendo os maiores gabos de quantos labutam nas lides forenses.

Assumindo o exercício da cátedra, percebeu o professor que — seguindo a esteira de seus antecessores (BARÃO DE RAMALHO, JOÃO MENDES JUNIOR, AURELIANO DE GUSMÃO e GABRIEL DE REZENDE FILHO) lhe cumpria reduzir a escrito seu ensinamento e dar-lhe letras de fôrma, para a orientação de seus discípulos.

Dáí êste primeiro volume de seu ensino, a que deu, em homenagem ao grão processualista JOAQUIM JOSÉ CAETANO PEREIRA E SOUZA, o mesmo título que êste dera a seu grande livro, que se engrandeceu com as anotações magistrais de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, que assim acomodou ao foro do Brasil até o ano de 1877, as *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil* do famoso advogado na Casa da Suplicação de Lisboa.

É árido o ensino de processo. Por isso mesmo, mais difícil.

Maior esforço se reclama de quantos o lecionem, de molde a criar o centro de interesse que desperte a atenção dos jovens que cursam a Faculdade de Direito.

Para isso, se requer o pleno conhecimento da matéria, pelo professor; e mais ainda que êle saiba apresentá-la, tal como é, metódicamente, sem entrar nos debates doutrinários de alto coturno, em que os próprios tratadistas não se entendem. Há de haver método na exposição; seriação perfeita da matéria e cuidado imenso para conciliar a doutrina com a prática, em linguagem escorreita e simples, ao alcance das inteligências mais medianas.

A leitura dêste primeiro volume, a que se seguirão outros dois, reúne êsses requisitos, que lhe assegurarão, sem dúvida, êxito certo.

Depara-se nela a matéria preliminar da matéria. Noções preliminares de direito processual civil e da lei processual no tempo e no espaço, ministrando a evolução histórica do processo civil. Tem-se o conceito da jurisdição, a explicação de suas espécies e dos órgãos da jurisdição. Entra-se ao depois no estudo da organização judiciária federal e na estadual paulista. Toma-se contacto com a formação e papel do Ministério Público, bem como com os órgãos auxiliares da Justiça. Assim, se entra a estudar a ação, nos seus elementos, condições e classificação, tanto quanto em seu concurso e cumulação. Daí em diante se cuida da competência, sua determinação, para entrar no conhecimento do processo em todos os seus pormenores e particularidades da relação processual, e focalizar as figuras do Juiz e das partes firmando as linhas da representação processual.

W. F.

GIUSEPPE GUALTIERI & IGNACIO WINIZKY, *Títulos Circulatórios (Parte general)*, Eudeba, Editorial Universitária de Buenos Aires, 265 págs., Argentina, 1962.

Julgando escassa a literatura argentina sôbre a teoria geral dos papéis de comércio, IGNACIO WINIZKY, professor de direito comercial na Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas de Buenos Aires, para salutar desempenho de seu magistério, achou conveniente adotar, para seu uso e ensino, o livro *I Titoli de Credito*, do Conselheiro de Cassação da Itália, GIUSEPPE GUALTIERI.

Para êsse efeito, suprimiu as exposições próprias de obra dirigida a público italiano, suprimiu muitas referências ao direito italiano, acrescentou capítulos, para poder analisar aspectos não

contemplados no original; e tratou de ajustar os problemas sôbre o prisma da lei argentina e da lei estrangeira, sob o ângulo do direito comparado.

Não se sabe bem até onde vai o trabalho de um e começa o de outro; mas nem por isso deixa de oferecer algo de original e de ser interessante, tanto que, ao publicar-se êste livro, o autor italiano, de bom grado, acedeu em associar seu nome ao do professor universitário argentino.

Quem, como o escritor destas linhas, já fez trabalho idêntico quanto ao direito brasileiro, está bem em ponto de dizer o agrado com que recebeu e tem lido êste pequeno livro, tão rico de ensinamentos.

Além da teoria dos títulos de crédito, desenvolvida em largos capítulos, nele se contém, em apêndice, a legislação especializada sôbre os títulos de crédito do México, de Honduras, da Suíça e da Itália, e vasta indicação bibliográfica, que lhe aumentam a valia e utilidade.

W. F.

TEODOLINDO CASTIGLIONE, *Lombroso Perante a Criminologia Contemporânea*, Edição Saraiva, 295 págs., São Paulo, 1962.

Teve LOMBROSO sua época.

Quem, no começo dêste século, iniciou os estudos jurídicos e entrou a freqüentar as aulas de direito penal, se viu tomado de surpresa.

Se buscou, na cadeira de filosofia do direito, os ensinamentos, que lhe ministrassem as diretrizes para sua formação jurídica, não se arrependeu. Os que ali obteve, e foram realmente magistrais, caíram no espírito como sementeira fecunda, e lhe deram as luzes para a caminhada apenas iniciada.

Onde, porém, tudo lhe parecera novo e revolucionário, foi quando entrou em contacto com a nova doutrina da escola positiva italiana, a cuja frente se achava CESARE LOMBROSO.

A fixação do tipo do criminoso nato parecera verdadeiramente genial; e a polêmica, que em torno dessa criação se estabeleceu na Itália, onde os incorrigíveis juristas se caracterizam por polemismo, que lhes deformam as concepções e as teses doutrinárias, foi uma revelação.

Existiria, existirá mesmo, o criminoso nato? Que havia então, ainda há e haverá por todo o tempo, criaturas anormais, física e moralmente, mercê de enfermidades da mente, é fora de dúvida.

O homem delinqüente era o enigma a resolver, em face do problema do livre arbítrio e do determinismo. Ciência e religião entraram em choque. Muito se ganhou no debate, no terreno da prática; e assaz resultou dêle para o progresso do direito penal, da ciência penitenciária, no plano doutrinário e nos seus reflexos sôbre a política carcerária.

Desaparecido LOMBROSO, pela lei da morte, ficou dêle reminiscência imperecível.

Penalista mais teórico do que prático, advogado arredado da justiça criminal para a civil, nos dois planos insigne e estudioso, TEODOLINDO CASTIGLIONE resolveu ressuscitar o grande criminalista italiano.

O livro, que acaba de editar — *Lombroso perante a Criminologia Contemporânea*, veio enriquecer a literatura jurídica brasileira e pôr em destaque, sobretudo, escritor de grandes méritos.

O perfil de LOMBROSO reaparece traçado em linhas vivas e, por isso mesmo, imperecíveis; e é a melhor homenagem ao homem admirável na sua convicção, firme na sua doutrina, seguro no resultado de suas observações, mas sereno, humano, modesto, sensível à falacidade e, por isso mesmo, digníssimo na correção de seus próprios erros, tanto que sua errônea se convencesse.

Há muito que ler e que aprender dêste livro magnífico e primoroso, que todos os juristas devem ter à mão.

W. F.

WALDEMAR FERREIRA, *O Direito Público colonial do Estado do Brasil sob o signo pombalino*, 1 vol. de 252-4 pp., Editora Nacional de Direito Ltda., Rio de Janeiro, 1960.

O autor, notável professor da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, não é apenas um comercialista do mais alto merecimento, mas também um apaixonado da história do Direito.

Além da sua extraordinária *História do Direito Brasileiro*, em 4 volumes, publicou agora êste interessante estudo, que foca um importante aspecto de administração portuguesa em terras do Brasil, na época do Marquês de Pombal.

O douto professor começa por analisar o sistema jurídico português perante o condicionalismo dos Descobrimentos e da Colônização, apreciando a influência da Companhia Geral do Comércio do Brasil, criada, embora um pouco tardiamente, para lutar contra

a poderosa Companhia das Índias Ocidentais. A reorganização judiciária do Estado do Brasil, a abolição da escravatura indígena, a criação de novas grandes companhias, são outros tantos capítulos do maior interesse para o estudioso da história do Direito.

Por último são apreciadas as transformações no âmbito do direito público e do direito privado, não só no quadro sucessório (quanto ao abuso de captação da última vontade dos testadores, limitação da liberdade de testar a disciplina da instituição dos morgados) como no regime de falências, cuja atualidade foi manifesta em face da ruína de crédito e fortunas derivadas do terramoto de 1755.

Resta dizer que a linguagem do conhecido professor é sempre clara e fluente, permitindo ao estudioso, que sôbre o livro se debruça, uma leitura agradável e proveitosa.

A. V. D'A. R.

(*Jornal do Fôro*, Lisboa, ano 25, 1961, n.º 136/7, p. 383).

WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de sociedades mercantis*, 5.ª edição, revista e aumentada. Vols. I a V — 5 vols. de 1948-6 pp. (numeração seguida). Editora Nacional de Direito, Ltda., Rio de Janeiro, 1958.

Comercialista distintíssimo, o Professor WALDEMAR FERREIRA — da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e também doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — é, de há muito, colaborador permanente do *Jornal do Fôro*, cujas colunas tem honrado numerosas vêzes com valiosa colaboração.

Temos precisamente sôbre a mesa os 5 volumes do seu famoso *Tratado de sociedades mercantis*, cuja 5.ª edição, revista e aumentada, revela bem o interesse suscitado nos meios jurídicos e comercialista do Brasil por tão vasta obra.

Tôda a vida do sábio professor tem sido dedicada ao estudo do direito comercial, à parte incursões, aliás valiosas, pela história do direito brasileiro, de que é, igualmente, um conhecedor emérito.

Na obra em epígrafe, de grande fôlego, mais uma vez o Professor WALDEMAR FERREIRA demonstra o conhecimento profundo da matéria, que apresenta com um perfeito sistema e grande erudição.

No 1.º volume, o autor começa por nos dar um completo e minucioso índice alfabético — indispensável para quem se queira

orientar nos milhares de páginas do *Tratado* que, aliás, é esquemático, o que facilita a consulta, por espécies de sociedade e por artigos de lei — logo seguido da indicação da numerosa bibliografia de que lançou mão, reflexo seguro do grande saber e cultura do professor brasileiro. Reproduz seguidamente parte da legislação mercantil brasileira, lançando-se numa erudita Introdução histórica, matéria da sua especial predileção.

No 2.º volume, faz a análise detalhada dos arts. 278 a 353 do *Código Comercial Brasileiro*, promulgado em 1850, precisamente na parte que se refere às companhias e sociedades comerciais. É aqui que têm especial assento as sociedades em comandita, as sociedades em nome coletivo, as de capital e indústria e, ainda, as de conta em participação, que, pela sua importância mais reduzida, não tiveram honras de volume próprio, como aconteceu, no *Tratado*, com as sociedades por quotas e anônimas. De salientar na lei brasileira a tomada de posição quanto à classificação da conta em participação como sociedade comercial, o que entre nós não acontece.

O 3.º volume é totalmente dedicado às sociedades por quotas, criadas no Brasil pelo decreto 3.708, de 120 de Janeiro de 1909, cujos 18 artigos são profundamente estudados pelo autor, numa exegese tanto mais de apreciar quanto é certo que a matéria legal está excessivamente condensada (a nossa Lei das Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901, tem 64 artigos, e nós consideramo-la incompleta...), ao que parece por haver sido promulgada em regime de urgência, e ter sofrido apressados trâmites parlamentares.

Os 4.º e 5.º volumes ocupam-se das sociedades anônimas — também conhecidas, na técnica da lei brasileira por sociedades por ações ou companhias — num comentário exaustivo aos 180 artigos do decreto-lei 2.627, de 26 de Setembro 1940. No país irmão, tal espécie de sociedades tem, talvez, maior difusão do que em Portugal e a publicação daquela lei, com pouco mais, hoje, de 20 anos, evitou aos brasileiros o embaraço em que se debatem os juristas portugueses, que apenas contam com 37 artigos do Código Comercial de 1888 e uma numerosa e dispersa legislação extravagante. Ainda há pouco mais de um ano, o ilustre advogado e jurisconsulto português DR. AZEREDO PERDIGÃO, numa conferência notável proferida na Ordem dos Advogados, em Lisboa, que intitulou *Alguns dos problemas fundamentais das sociedades anônimas portuguesas*, citando, freqüentemente a lei brasileira, apontava a necessidade de uma reforma e atualização do estatuto mercantil dessas sociedades — problema que os juristas brasileiros já não têm, pelo

menos com a acuidade do nosso. E quaisquer dúvidas na interpretação do texto legal são esclarecidas prontamente pelo emérito Professor WALDEMAR FERREIRA.

Em resumo: o sucesso das edições consecutivas do *Tratado* é a primeira demonstração do seu valor. Como livro de consulta, indispensável aos práticos e aos teóricos do Direito, essa obra fica a assinalar uma vida de intenso labor e brilhante atividade do decano dos comercialistas brasileiros, que o *Jornal do Fôro* se honra em ter como colaborador e velho amigo.

Aguardamos com o maior interêsse a publicação dos restantes volumes já anunciados.

A. V. D'A. R.

(*Jornal do Fôro*, Lisboa, ano 26 (1962), n.º 138/40 p. 239)

International Bar Association, Eighth Conference Report, Salzburg, July 1960 — Haia, Martinus Nijhoff, 1960.

Das contribuições de sociedades não governamentais ao aperfeiçoamento do direito, forçoso é ressaltar a da “International Bar Association”. Foi constituída em fevereiro de 1947, quando o término da guerra permitiu, em novos moldes, a intensificação e alargamento das relações entre advogados, iniciadas por sinal desde 1932, ano em que a “American Bar Association” compôs comissão para estudar problemas concernentes a uma federação internacional de “national bar associations”. Nos países em que inexistem essas associações, ou a associação nacional não fôr membro da IBA ou o fôr e o aprovar, qualquer outra organização de membros de profissões jurídicas pode integrar a entidade mundial.

São propósitos da “International Bar Association” — dizem-nos as regras estatutárias — promover o progresso da jurisprudência em todos os seus aspectos sobretudo no que tange ao direito comparado e ao direito internacional; a uniformidade legislativa; a administração da justiça fundada no direito entre os povos do universo; a realização dos princípios e objetivos das Nações Unidas; as relações amistosas entre os exercentes das profissões jurídicas; a colaboração com organizações jurídicas internacionais de finalidades similares.

De dois em dois anos celebram-se as conferências da entidade. Excepcionalmente, a primeira teve lugar em outubro de 1947, em

Nova York, e a segunda, em Haia, no ano seguinte. As demais obedeceram aos prazos estatutários: a terceira reuniu-se em 1950, em Londres; a quarta, em Madrid, 1952; a quinta, em Mônaco, 1954; a sexta, em Oslo, 1956; a sétima, em Colonia, 1958; a oitava, em Salzburg, 1960; e a nona, em Edimburgo, 1962, sob os auspícios da "The Law Society of Scotland" e da "Faculty of Advocates".

A conferência de Salzburg se realizou de 4 a 8 de julho de 1960, sob patrocínio da "Die Österreichischen Rechtsanwaltskammern" Reuniu-se no "Europahaus" da mesma cidade. Ressalte-se, dentre os temas que se propôs a examinar, o seguinte: "Fundação e funcionamento de Filiais e Sucursais no Estrangeiro. Da aplicação às filiais estrangeiras de um regime especial sob o império da lei da sede social e do direito internacional" De dezesseis países se apresentaram relatórios pormenorizados a respeito, em que se focalizaram, entre outros, os seguintes tópicos: Estatísticas sobre produção industrial, comércio exterior (importação e exportação), população, investimento e crescimento nacional; síntese do sistema jurídico: leis comerciais e poder discricionário do governo em matéria mercantil. O sistema de formação do capital: estrutura bancária; estabilidade e conversão da moeda; ajuda estatal à indústria e comércio; influência de investimento estrangeiro. Natureza, poderes, responsabilidades e formação de sociedades comerciais. Impôsto sobre essas sociedades. Condição jurídica das sociedades estrangeiras. Efeitos das tarifas alfandegárias. Direito fiscal internacional.

A natureza da "International Bar Association", sua composição, suas finalidades, recomendam o estudo de temas referentes à organização e à deontologia jurídica. As cinco primeiras conferências concorreram para a adoção do *Código Internacional de Ética dos Advogados*, que se encontra publicado nos *Anais da Reunião de Oslo*. As assembléias subseqüentes têm versado temas que visam a completá-lo e esclarecê-lo. Cuidou-se em Salzburg de assunto oportuno e relevante: o da educação e instrução profissional após o término do curso jurídico. Focalizou-se a contribuição de realce que compete tanto à Ordem e Associações de Advogados como às Faculdades de Direito, através de cursos especializados. Investigou-se tema de sigilo profissional: "The Client's Privilege of Secrecy in his Communications with his Attorney". Averiguou-se da "propriety of attorneys using wire-recorders and film-cameras for evidence". E se sindicou ainda sobre a cooperação judicial internacional: "Internationale Zusammenarbeit in Zivilsachen".

Mais três temas foram, finalmente, objeto de estudo da Oitava Conferência da IBA: "monopólios e práticas restritivas comerciais";

“processo judicial para proteção de investimentos estrangeiros”; e “regime jurídico da energia atômica”.

Da importância das teses e relatórios apresentados e debatidos perante a Conferência de Salzburgo nos dão ciência os *Anais* respectivos. Lamentável é verificar a ausência de representações dos países da América Latina. A do México apenas é que compareceu.

VICENTE MAROTTA RANGEL.

KRZYSZTOF SKUBICZEWSKI, *Pieniadz na Terytorium Okupowanym* (Money in Occupied Territory), Poznań, Instytut Zachodni, 1960.

A ocupação consiste, como se sabe, na ação de Estado que estabelece e exerce autoridade sobre território que não faça parte de seu território nacional. Pressupõe uma certa estabilidade dessa ação.

Pode realizar-se em tempo de paz e em tempo de guerra. Quanto a esta última forma, distingue-se a “occupatio bellica” dos juristas clássicos, a ocupação convencional de guerra (em regime de armistício) e a ocupação pacífica em tempo de guerra, que teve larga aplicação no decurso do último conflito mundial.

Qualquer que seja a forma assumida pela ocupação militar, não gozam os que a realizam do exercício de competências governamentais normais. São essas competências necessariamente limitadas, de grau e amplitude variáveis, em razão das matérias que versam e das modalidades que assumem.

Quais as competências da autoridade ocupante em tempo de guerra, no tocante à emissão e ao curso da moeda no território ocupado, ou, em outros termos, qual o regime jurídico dessa moeda no território em questão? Eis o tema focalizado por KRZYSZTOF SKUBICZEWSKI em sua valiosa monografia.

Tema pouco versado, sujeito a incertezas, sem apoio suficiente na prática dos Estados, na jurisprudência interna e internacional, nos costumes internacionais, na doutrina.

Nenhuma disposição específica sobre a matéria apareceu, por outro lado, nos Tratados internacionais. Apenas alguns princípios gerais podem ser inferidos, a título de diretriz preliminar, do Preâmbulo (a chamada cláusula Martens), do art. 43 do Regulamento de 1907 sobre as Leis e Costumes de Guerra Terrestre e da regra pela qual o ocupante não pode — com exceção dos direitos decor-

rentes dos artigos 48, 53 e 55 do mesmo Regulamento — locupletar-se pelo fato da ocupação.

Tão largas e notáveis lacunas, propôs-se o ilustre Autor a saná-las, e para tanto, a realizar trabalho minucioso, construtivo e completo. O menos que se pode dizer dessa monografia é que os propósitos que a inspiraram foram cabalmente realizados.

Define o Autor moeda local como sendo a que, no momento da ocupação, já possuía curso legal no território ocupado, ou a que passa a ter êsse curso, após a ocupação, em virtude de decisão estranha à autoridade ocupante.

Exigências de ordem pública e o respeito ao direito vigente no território apossado obrigam o ocupante a manter a moeda local com curso normal e legal. É dever baseado no artigo 43 do Regulamento de Haia: “A autoridade do poder legal tendo passado de fato para as mãos do ocupante, êste deverá tomar tôdas as medidas que dêle dependam para restabelecer e assegurar, tanto quanto possível, a ordem e a vida públicas, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis em vigor no país”. Permanece, em princípio, a competência da autoridade local. Todavia, ela cessa ou diminui, legitimando a intervenção do ocupante, se aquela autoridade não consegue atender às condições cambiantes do país, ou transgredir direitos próprios de quem dêle se assenhoreou.

Incumbe ao ocupante fazer o que fôr razoavelmente possível para facilitar o exercício regular das funções do banco central. Não intervirá diretamente nessas funções a não ser quando o banco fôr incapaz de realizá-las, ou não atuar convenientemente.

Tem ainda o direito de proibir o banco central de comprometer o govêrno do país ocupado, sobretudo quando êsse govêrno continua a guerra, quer em parte do território não ocupado, quer no exterior. Exemplo dessa proibição se encontra no acôrdo de 25 de agosto de 1914, entre o Comandante Militar de Bruxelas e o Banco Nacional, e na ordem de 18 de setembro de 1914 sôbre a supervisão dos bancos na Bélgica.

Segundo dispõe o art. 53 do Regulamento de Haia, sòmente do numerário, dos fundos e valores, dos depósitos de armas, dos meios de transporte, armazens e víveres, e em geral, de propriedade mobiliária, que seja de natureza a servir às operações de guerra, é que o exêrcito ocupante se poderá apossar. Daí a legitimidade de supervisionar as atividades bancárias em geral reconhecida ao ocupante para poder, nessas condições, qualificá-las e defini-las. Daí também a prática de indicar comissários que supervisionem as atividades dos bancos em nome da potência ocupante.

Tendo em conta, porém, o caráter temporário próprio da ocupação, não cabe à autoridade ocupante introduzir modificações permanentes na estrutura, organização ou finalidades do banco central local. Não deve também rever-lhe os estatutos ou demais documentos fundamentais, embora se admita a suspensão da execução desses documentos. Não cabe à mesma autoridade abolir funções essenciais do banco, ou, o que é mais grave, promover-lhe a liquidação, como foi a do banco central da Iugoslavia, em 1941.

Por moeda do próprio Estado ocupante — escreve K. SKUBICZEWSKI — se entende a emitida pelo órgão competente deste Estado, em cujo território possui também curso legal.

É lícita a introdução dessa moeda no território ocupado? A resposta é afirmativa, desde que a introdução se torne necessária em face da escassez de meios de permuta, bem como da necessidade de satisfazer necessidades do exército e da administração do ocupante. O direito de introduzir a moeda do ocupante pode se inferir do artigo 43 do Regulamento de Haia que se refere à manutenção da “ordem pública e segurança”, bem como do artigo 52, que se deve interpretar como permitindo que os pagamentos nessa moeda se efetivem.

Esse direito, que se esteia também na jurisprudência interna e na doutrina, não subsiste se porventura as finalidades mencionadas desaparecerem. Ilegal foi assim, no entender do Autor, a introdução de moeda austríaca na Servia, durante a primeira guerra mundial, bem como a de moedas de países do Eixo, durante o último conflito mundial, em territórios ocupados.

Sempre que a potência ocupante compelir as populações locais a aceitarem sua própria moeda, estará obrigada a reconhecer-lhe curso legal. Se assim não fôsse, poria essas populações em dificuldades. De outro lado, há certos limites que o ocupador não pode ultrapassar, como por exemplo impôr a obrigação de aceitar sua própria moeda nos contratos particulares, que a não tenham previsto, imposição essa que constituiria transgressão a direitos privados, protegidos pelo Regulamento de Haia.

Nada impede que a autoridade ocupante prefira abster-se do direito de introduzir sua própria moeda no território ocupado. Pode até proibir nele a circulação de sua moeda e retirá-la do território ocupado, o que aliás, foi feito freqüentes vezes pelas autoridades germânicas de ocupação, tanto na primeira como na segunda guerra mundial.

Moeda de ocupação é aquela introduzida pelo poder ocupante na área apossada e que se apresenta nova em relação ao sistema monetário quer do ocupante, quer do ocupado.

A prática dos ocupantes beligerantes permite distinguir dois tipos de moeda de ocupação. A primeira modalidade é a da moeda usada indistintamente pelo ocupante em mais de um território ocupado. É o exemplo do germânico *Reichskreditkassenscheine*. A segunda modalidade é a da moeda designada especificamente para determinado território ou Estado. Foi o caso dos marcos aliados usados na Alemanha durante e após a Segunda Guerra Mundial.

Não há unanimidade, tanto na doutrina como na jurisprudência dos Estados, quanto ao direito do ocupante de emitir moeda de ocupação.

Os seguintes tribunais se manifestaram em favor desse direito: Polônia (decisões de 28 de Agosto de 1919 e de 27 de Junho de 1947), Alemanha (decisão de 28 de Novembro de 1921), Filipinas (*Haw Pia*, v. China Banking Corporation, 1948, e várias outras decisões baseadas em *Haw Pia*), e Estados Unidos (*Aboitz & Co.* v. Price, 1951). Decisões em sentido contrário, todavia, podem ser também indicadas.

A maioria dos autores entende que o ocupante tem o poder de emitir moeda de ocupação. Contudo, discrepam os juristas sobre o fundamento legal desse poder. A prática dos Estados, por sua vez, não traz esclarecimentos sobre a matéria. Quanto aos tratados de paz suas disposições também são omissas a respeito. Alguns documentos, todavia, podem socorrer a tese da juridicidade da emissão da moeda de ocupação.

A conclusão preliminar a que se chega é a da existência de situações que justificam a emissão de moeda de ocupação.

A introdução dessa moeda, a título de suprir o curso da moeda local, envolve obrigações similares às que cabem ao ocupante na hipótese de introduzir sua própria moeda no território ocupado. Das disposições do Regulamento de Haia se permite inferir as seguintes regras que autorizam a introdução da moeda de ocupação como meio suplementar de troca:

1. O ocupante beligerante tem o direito de emitir moeda de ocupação a fim de evitar prejuízos.

2. O mesmo direito persiste se existir o perigo potencial de que o numerário próprio do ocupante possa cair nas mãos dos inimigos.

3. Dois ou mais beligerantes têm o direito de emitir moeda de ocupação se ocupam uma única área monetária. O fenômeno da pluralidade de moedas em um só território, que usualmente acompanha uma guerra de coalizão, pode ser evitado no interesse da economia local.

4. O ocupante tem o direito de emitir moeda de ocupação se esta se estender para além de um só país. Nessa hipótese o uso da moeda local se torna impossível. Assim, o movimento constante de tropas alemãs durante a segunda guerra mundial impôs o uso do *Reichskreditkassenscheine*. Todo esforço para suprir as forças armadas com os diferentes tipos de moeda local, teria certamente malgrado.

5. O ocupante tem o direito de emitir moeda de ocupação se o país ocupado sofrer de falta permanente de moeda. Se a carência de moeda fôr temporária e provisória, o que de regra ocorre no início das ocupações, não se justifica a introdução de moeda de ocupação.

As seguintes circunstâncias autorizam o ocupante a retirar a moeda local e substituí-la por moeda de ocupação: a) se o banco de emissão da moeda local tiver sido transferido para fora do país; b) se a inflação no território ocupado atingir tais dimensões que a retirada da moeda local se torna necessária; c) se o país ocupado fôr prejudicado por intensa contrafação de suas moedas.

Tem o ocupante o direito de fiscalizar e supervisionar o banco que emite moeda de ocupação. A escolha da unidade monetária também compete ao ocupante. Cabe-lhe ainda exercer diligência necessária para proteger a moeda de ocupação tanto de destruição, como de furto e de contrafação. Proverá adequado sistema de numeração, de forma que o total das notas impressas possa ser conhecido.

Que obrigações impendem ao ocupante em relação às moedas de curso legal no território ocupado, sejam essas moedas locais, do próprio ocupante ou, enfim, de ocupação?

A obrigação fundamental — responde K. SKUBICZEWSKI — é evitar tôdas as medidas nocivas às moedas nesse território. Deve aliás esmerar-se em normalizar a vida no território sujeito a seu poder. É certo que nem sempre estará em condições de garantir condições adequadas. Contudo, se não puder tomar medidas positivas deverá abster-se de ocasionar as que sejam danosas à moeda em circulação.

Não é permitido ao ocupante romper a unidade monetária do país ocupado. É o que sucederia se promovesse a adoção de moedas diferentes com curso legal em partes distintas do território desse mesmo país.

Se houver carência de moeda em circulação, tomará o ocupante medidas para supri-la, respeitando o nível ditado pelas necessidades da vida econômica local. Essa competência deflui do art. 43 do Regulamento de Haia.

Abster-se-á também de medidas que acarretem depreciação da moeda. Essa regra não comporta dúvidas. Estas porém subsistem em relação à obrigação que tenha o ocupante, de adotar medidas positivas de defesa da moeda. Trata-se, é certo, de dever que pode ser demasiado oneroso para o ocupante, o que, contudo, não exclui que, em certas circunstâncias, possa e deva realizar um esforço razoável para elevar o valor da moeda. Para fazer face à inflação grega que assumia proporções catastróficas, as autoridades alemãs de ocupação decidiram tomar algumas providências de que surgiu o chamado “Goldaktion”, o que impediu a falência da moeda helênica no último período de ocupação, embora sem haver prevenido o colapso dessa moeda assim que a Grécia foi liberada.

Tem o ocupante o direito de fixar a taxa de câmbio das várias modalidades de moeda da área ocupada, o que é decorrência das normas do Regulamento de Haia. Deve, porém, exercer esse direito de conformidade com os seguintes deveres: o de evitar todo prejuízo à moeda em circulação e o de proteger o valor dessa moeda. Não lhe é permitido conferir privilégios à sua própria moeda, e, em geral, está obrigado a mostrar alto grau de desinteresse. Aliás, o Manual das Leis de Guerra Terrestre dos Estados Unidos declara constituir violação do direito internacional a fixação fictícia do valor e do câmbio da moeda.

Compete ainda ao ocupante — aduz o Autor — evitar tudo quanto possa concorrer em favor da inflação, e, se esta subsistir, deve tomar medidas para corrigi-la. Não tomá-las importa — como estipula o Manual das Leis de Guerra Terrestre dos Estados Unidos (§ 430) — em transgressão das normas de direito internacional.

Esses deveres não anulam o direito do ocupante de impor taxas, coletas, contribuições que forem autorizadas pelos artigos 48, 49 e 52 do Regulamento de Haia.

Tem o ocupante o direito de introduzir o controle de câmbio, que, todavia, não pode transgredir direito de particulares protegidos pelo Regulamento de Haia. Não podem os particulares

serem constringidos a entregarem seus bens próprios. Ao ocupante compete proibir quaisquer transações concernentes à moeda estrangeira, ouro, garantias estrangeiras, inclusive suas exportações.

Por responsabilidade — escreve K. SKUBICZEWSKI — pelas moedas em circulação no território ocupado, deseja-se indicar o dever de resgatar as que tinham curso legal durante a ocupação e que, após ela, foram retiradas da circulação.

No concernente à moeda local, nenhuma responsabilidade possui o ocupante. Essa responsabilidade é regulamentada pelas normas que vigiam no país, anteriormente.

A responsabilidade do ocupante existe, contudo, como é óbvio, em relação à sua própria moeda.

Dificuldade existe quanto à fixação da responsabilidade pela moeda de ocupação. A solução do problema parece residir em liberar de responsabilidade o ocupante se houver êste cumprido suas obrigações quanto à moeda de ocupação e houver esta sido emitida regularmente. E em atribuir ao ocupante essa responsabilidade se êsses deveres não houverem sido por êle cumpridos. A prática, porém, observa o Autor, tem discrepado dessas indicações doutrinárias. O problema da responsabilidade tem sido regulamentado, em cada caso específico, por instrumentos assinados entre vencedores e vencidos ou, como foi habitual durante e após a segunda guerra mundial, por instrumentos impostos unilateralmente pelos primeiros. A questão de haver ou não o beligerante ocupante agido de conformidade com o direito em relação à moeda de ocupação, não tem nesses ajustes influído necessariamente na solução adotada.

Algumas vêzes o ocupante beligerante tem aceitado antecipadamente responsabilidade por papel moeda emitido. Foi o caso do Japão em 1905 durante a ocupação da Coréia e Mandchuria, da Alemanha em 1916 durante a ocupação da Polónia, do Japão em 1942 durante a ocupação das Filipinas. Daí não se segue porém que o ocupante haja assim agido em consequência de uma obrigação imposta pelo direito internacional.

A aceitação da responsabilidade pelo Estado ocupante se distancia da prática internacional, ao passo que a doutrina não tem fornecido critérios absolutamente válidos. A prática de conferir a responsabilidade pela moeda de ocupação ao Estado derrotado, seja ocupante seja ocupado, é ilustrada pelos casos da Bélgica e România após a primeira guerra mundial, pelo da Alemanha durante

a segunda Guerra Mundial, e pelo das Tropas Aliadas durante e após a segunda Guerra Mundial.

O resumo da obra que se baseia, aliás, no que o próprio Autor fez em idioma inglês como complemento ao seu trabalho, evidencia a complexidade da matéria versada e a superioridade científica com que foi estudada. A monografia é das mais completas, apresenta sistematização segura, desdobramento lógico, riqueza de doutrina e de pesquisa. Ela atesta a competência de seu Autor, jovem e culto internacionalista bem como a maneira fecunda de analisar temas jurídicos de relevância e delicadeza.

VICENTE MAROTTA RANGEL.

TORQUATO DE SOUZA SOARES, *Reflexões sobre a origem e formação de Portugal*, Tomo I, 252 p., Coimbra, 1962.

Obra das de maior valia na literatura histórico-jurídica de Portugal, é, no sentir unânime, a *História da Administração Pública em Portugal* nos Séculos XII a XV.

Escreveu-a HENRIQUE DA GAMA BARROS.

Editada em quatro volumes, dos quais o último em 1922, quando, poucos dias antes de sua morte, em 29 de agosto, havia completado 92 anos, estava o quinto volume pronto para baixar à tipografia.

Abandonando, na mocidade, a advocacia e entrando na administração pública, o jovem jurista se pôs a meditar sobre a tarefa, que tomara sobre si, reunindo o material com que elaborou e publicou, em 1860, o *Repertório Administrativo*, GAMA BARROS se apercebeu da riqueza da massa documental, de que se apossara, e, naturalmente, o jurista verificou que era aproveitável para a reconstituição da história administrativa de seu país, a começar de passados séculos.

Meteu mão ao empreendimento, pausadamente, examinando velhos documentos, confrontando-os, submetendo ao seu alto senso, e só mais tarde começou a preparar a obra, que foi verdadeiramente monumental.

Rapidamente esgotados os primeiros volumes, desde que vinham à luz da publicidade, tanta foi sua importância histórica e científica, que se converteu em raridade.

Nesse estado permaneceu até que a Livraria Sá da Costa, de Lisboa, julgou conveniente reeditá-la. Convencida todavia de que ela requeria muito mais que simples reimpressão, mas podia e devia ser anotada por historiador consumado, que lhe realçasse os pontos culminantes e focalizasse pontos que tinham sido objeto de reparos tanto em Portugal, como na Espanha, não lhe foi difícil encontrar o historiador que pudesse arcar com as responsabilidades da reedição daquela obra verdadeiramente monumental.

Entre os jovens cultores da história portuguesa se havia de não pouco tempo destacado TORQUATO BROCHADO DE SOUZA SOARES, desde 1927 assistente contratado da Faculdade de Letras da Universidade do Pôrto, que ali fora designado, no período de 1929-1939, professor auxiliar de Propedêutica Histórica, Epigrafia e História dos Descobrimentos e da Colonização Portuguesa.

Designado depois para trabalhar em Madrid, no Instituto de Estudos Medievais, dirigido então pelo Professor CLAUDIO SÁNCHEZ-ALBORNOZ, e no qual teve ensejo de publicar diversas monografias, que tanto renome lhe deram, — foi TORQUATO DE SOUZA SOARES o historiador escolhido para dirigir e anotar a segunda edição da *História da Administração Pública em Portugal*.

Com tais títulos, o insigne historiador foi contratado, em 1957, para a regência do curso de História da Civilização Ibérica da Faculdade de Filosofia e Letras da Universidade de São Paulo.

Retornado a Portugal, habilitou-se ao título de professor agregado de História da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, com a dissertação de que ora se trata — *Reflexões sobre a origem e formação de Portugal*.

Provocaram essas reflexões categóricas afirmações do Professor espanhol SÁNCHEZ ALBORNOZ, com o qual trabalhara em Madrid, de que Portugal se originara de mero ato político levado a efeito pelo rei de Leão e Castela, “por motivos de ordem puramente externa — um simples *acaso histórico*, como displicentemente considera a sua criação”. Nem se conformou com isso, senão ainda com “taxar de *serampión* nacionalista as reflexões inteligentes e probas dos historiadores que têm procurado desvendar as origens da nacionalidade portuguesa”

Erguendo a luva, TORQUATO DE SOUZA SOARES formulou a pergunta: apenas por via de razões circunstanciais, de ordem meramente política ou militar, ou, antes, por imperativo de uma tradição e de um sentimento que se imporia sobretudo em momentos de perigo, como era o em que os almorávides ameaçavam todo o plano ocidental da frente cristã? Pois não é exato que, em 1097, quando o Conde D. HENRIQUE se referia sobre os seus

domínios do rio Minho ao Tejo, êstes não abrangiam o govêrno de Coimbra, Coimbra e Portugal, Portugal e Santarém, ou Coimbra, Santarém e Portugal, êsses domínios serviram de base à formação da nova terra ou província, que viria ser exclusivamente à de Portugal?

No primeiro tomo, agora publicado, da brilhante dissertação, escudada em documentos exaustivos e demonstradas com mapas inúmeros, que a Congregação da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, unânimemente aprovou, não há o que se possa destacar. A demonstração é lúcida e cabal.

Realizando, ainda em 1962, concurso para professor catedrático daquela mesma Faculdade de Letras, o historiador eminentíssimo foi admitido por unanimidade, sendo, ademais, eleito sócio correspondente da Academia das Ciências de Lisboa.

W. F.

MANUEL NUNES DIAS, *O Capitalismo Monárquico Português (1415-1549). Contribuição para o Estudo das Origens do Capitalismo Moderno*, Tomo I, 633 p., Coimbra, 1963.

Prestou o Instituto de Estudos Históricos Dr. Antonio de Vasconcelos, da Faculdade de Letras da Universidade de Letras de Coimbra serviço sobremodo elogiável ao editar o primeiro tomo da tese de doutoramento que, em novembro de 1957, aprovou, com distinção e louvor, a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, da Universidade de São Paulo, de MANUEL NUNES DIAS, jovem historiador, que sobremodo a engrandece.

Tem-se, neste grande volume, opulento e magistral, um dos mais belos florões da Universidade de São Paulo.

Insta dar-lhe o realce, que merece; e é invulgar.

Trabalhos para a obtenção do gráu do doutorado universitário são, de ordinário, feitos apressadamente.

Êste, não é dessa bitola.

Dedicou-se seu autor, apaixonadamente, a bem dizer beneditivamente, ao estudo do assunto sempre novo, apesar de já vetusto, das origens do capitalismo moderno. Facilitou-lhe a realização do empreendimento, que tomou a si, o auxílio que lhe prestou a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, por seu eminente diretor, Professor EURIPIDES SIMÕES DE

PAULA, sem o qual a elaboração deste grande livro, não teria sido possível.

Tomou o jovem historiador a sério a missão, que se impôs, rebuscando os arquivos históricos de Portugal e de Espanha e consultando os livros e documentos de seus centros de cultura, com inteligência e apuradíssimo senso histórico.

É indissimulável aos que já se têm metido nos labores históricos, o número de dificuldades a vencer para tentames da natureza do que agora foi levado a cabo; e é digno de imitação.

A pesquisa, que levou a efeito, o autor o disse, “reveste-se — é preciso não esquecê-lo — de caráter inteiramente objetivo e histórico, e não de um caráter político, filosófico ou polêmico. Discutir abstratamente o problema tem sido, em geral, o modo de se escrever a história do capitalismo: reclamamos agora em história econômica a apuração de dados concretos”.

Quer isso acentuar que o historiador se entregou ao estudo do problema destituído de preconceitos, friamente se detendo no exame frio dos fatos ocorridos, tais quais se acham documentados, à luz dos métodos da investigação científica, desapaixonada e sincera.

As explicações teóricas, são palavras do autor, “tendem a ser unilaterais, com omissão de termos de um problema que é, por natureza, complexo. Certo, há um “espírito capitalista”, “espírito de empresa”, mas, note-se, mas não é exclusivo de judeus ou de protestantes. É católico também, e de velha data, apesar das resistências canônicas. Existe, e o que se nos afigura, um enorme exagêro de ordem erudita na importância que se atribui à prática da usura. Não nos deixemos iludir, porém. O que provoca a acumulação de capitais é a intensificação do tráfico e do circuito monetário, o aperfeiçoamento dos transportes, maior frequência de contactos entre mercados, a estruturação de empresas, os financiamentos, a constituição de “stocks”, as oscilações dos preços. O “espírito capitalista” dos teóricos seria nada sem capitais acumulados, altamente mobilizáveis que são os metais e mercadorias.

“Houve, não ignoramos, um capitalismo mediterrâneo semi-senhorial, semi-burguês, pré-atlântico, com o renascimento urbano, a valorização progressiva do capital mobiliário, o afrouxamento da rigidez das corporações, a intensificação do tráfico urbano, as práticas cambiais nas feiras e outras ocorrências relativamente precoces ligadas ao sistema capitalista. Mas quem libertou essa nova ordem econômica, que, amarrada ao Mediterrâneo, precisava de espaço para crescer, foi Portugal, com a conquista e exploração do Atlântico sul-africano e de ambas as costas do Índico”.

Eis traçado, com insigne lucidez, o que foi o intento do autor ao embrenhar-se “nêsse ínvio matagal da história econômica portuguesa, ainda quase por desbravar”.

Regosija-se o escritor destas linhas com o desenvolvimento, agora dado com maior amplitude e alta sabedoria, da tese, que timidamente enunciara no primeiro volume de sua *História do Direito Brasileiro*, de que “não era a política navegacional portuguesa de então tanto colonizadora, quanto mercantil. O que interessava era o comércio; mas evidentemente não se desprezavam as conquistas”.

Para que se tenha a medida da vastidão desta grande obra, basta enunciar o seu esquema.

A primeira parte a do momento ibérico, da reconquista a conquistas oceânicas, em três capítulos: o do mundo em crise — a Europa no século xiv; o de Portugal na crise européia — as revoluções de 1383-1385; e o da superação da crise — o Atlântico e o acesso aos mercados distantes.

É a segunda parte a dos metais para o capitalismo, e a caça do ouro na África, em cinco capítulos: o da primeira agência — Ceuta; o da vertente atlântica — o ouro do Tomobocutú; o da derivação das rotas para o Atlântico; o da vertente índica — o ouro da Monomotapa; e o do desvio das rotas para o mercado indiano.

Trata-se na terceira parte dos metais para o capitalismo — o tráfico do ouro, em três aspectos especiais: a), o das estruturas e mecanismos na África atlântica, em dois capítulos — o das etapas experimentais — da patrimonialidade ao monopólio régio; e o dos mecanismos dos resgates e os carregamentos; b), o das estruturas e mecanismo na África índia, em três capítulos: o dos resgates do Monomotapa; os do contrabando árabe e o policiamento português e o do destino do ouro de Sofala — a administração do Oriente e o financiamento da rota da Cambaia; c), o do ouro africano em Portugal, em dois capítulos: o da amoeção do ouro e o do excesso de gastos da coroa e a evasão do ouro.

Apresentando o livro, escreveu o Professor TORQUATO DE SOUZA SOARES, diretor do Instituto de Estudos Históricos Dr. Antonio de Vasconcelos, que “a insatisfação que se pressente nas páginas, por vêzes vibrantes, do historiador brasileiro, a sua revolta por não nos ter sido dado conseguir realizar melhor, constituem, porém, a marca irrefragável da sua fidelidade à herança portuguesa. E êste nobre sentimento atávico, sempre presente no seu espírito, longe de obliterar a objetividade exigida ao historiador, estimula-a, aguçando a sua crescente curiosidade, e levando-o

assim, irresistivelmente, a alargar e a aprofundar o seu campo de investigações”.

Tome-se nota: o grande livro dá a medida do historiador.

W. F.

JUAN CARLOS RÉBORA, *Derecho Civil y Código Civil*,
Eudora Editorial Universitaria de Buenos Aires,
236 p., 1960.

O que se pensa, mas sobretudo o que se escreve, quando, sem passos trôpegos, em plena verticalidade humana, se alcança, o crepúsculo da vida, o cérebro ainda perfeito, quiçá mesmo aviventado pela agudeza espiritual, amortecido o ímpeto das paixões, esquecidos os gravames padecidos ao longo da caminhada terrena e inflingidos pelos ímpios e os sem fé — se reveste naturalmente de serenidade que suaviza o estilo, de tranquilidade que se reflete nos conceitos e de colorido filosófico que redime a alma.

Vem-nos estas considerações a propósito de magnífico livrinho, publicado há dois anos, mas que só agora se nos apresentou à leitura, escrito por JUAN CARLOS RÉBORA, uma das mais completas figuras do professorado universitário argentino, cujo título encima estas linhas.

Mal concluído seu licenciamento jurídico na velha Faculdade de Direito, que funcionava em Las Heras, teve sua primeira palma acadêmica, com a investidura, pelos Colégios dos Escrivães da Província de Buenos Aires, sobre *Letras de Câmbio*, em 1904, mal iniciado êste século turbulento.

Essa opulenta monografia, reeditada mais tarde, em alentado volume, exigido pelas transmutações doutrinárias do instituto cambiário, que se caracterizaram no Brasil pela promulgação da lei de 1908 — que, de resto, lhe pareceu “feliz combinação das doutrinas mais adiantadas e digna expressão positiva, como outras construções legislativas dêsse país, de uma ilustrada bibliografia sobre a natureza das obrigações em geral e sobre a das obrigações cambiárias em particular” — fazia prever o aparecimento de grande comercialista.

Jurista à conta inteira, no público e no privado, revestido de cultura generalizada, que abrangia a histórica, a sociológica e a filosófica, demonstrada por inúmeros livros e opúsculos da mais variada objetivação, o que todavia lhe dominou a orientação, foi o estudo do direito civil, em que se aprimorou para a regência da

disciplina nas cátedras da Faculdade de Direito de Buenos Aires e, particularmente, na de La Plata, de cuja Universidade se sagrou como Reitor magnífico.

Homem de convicções políticas, de cerne democrático de antes quebrar que torcer, foi varrido daquela Universidade, juntamente com outros, que se destacaram pela firmeza de seus ideais, fiéis aos seus sentimentos patrióticos, pelo temporal peronista que devastou a grande Nação Argentina.

Vitoriosa a revolução, que pôs abaixo aquê regime, teve JUAN CARLOS RÉBORA o reconhecimento de suas qualidades de cidadão insigne, vindo a ser nomeado Embaixador de seu país na França.

Quando ainda professava em sua cátedra na Universidade de La Plata e dirigia o Instituto de Altos Estudos, que ali fundou, elaborou, como contribuição à obra preparatória da reforma do Código Civil, trabalho de grande porte, que se intitulou *Metodización y Consolidación de Leyes*, que foi publicado em 1929.

Revelou-se então o civilista consumado, que depois publicou vários livros e tratados, que se sucederam quais *Los regimenes matrimoniais en la legislación argentina*, em 1923; *La familia*, 2 vols., em 1925; *El estatuto de la mujer y las relaciones emergentes del matrimonio*, em 1927; *La emancipación de la mujer*, em 1929; *El matrimonio argentino ante la ley extranjera y el matrimonio extranjero ante la ley argentina*, em 1930; *La herencia*, em 1931; *Derecho de las sucesiones*, 2 vols., em 1939; *La familia chilena y la familia argentina*, em 1939; *Instituciones de la familia*, 4 vols., em 1945, ademais de vasta série de artigos doutrinários, políticos, administrativos, financeiros, históricos e outros, em opúsculos ou revistas.

Terminada sua missão diplomática e retornando a seu país, o jurista, como era natural, retomou seus estudos e labores, notadamente porque encontrou em ebulição o velho problema da reforma dos códigos e das leis, a despeito do muito que se legislou, nos últimos tempos.

Impressionado com o tumulto das leis esparsas, que modificaram em muitos pontos o Código Civil, RÉBORA se viu na contingência de fazer observações serenas e desapassionadas, que reuniu neste pequeno volume, tão lúcido, quanto sábio, que intitulou *Decreto Civil e Código Civil*.

Baste, para destaque, a transcrição destas linhas sugestivas a respeito dos desprimores de técnica jurídica e de terminologia, expressiva da época:

“La presion que así se ejercia sobre instituciones, sobre instrumentos y sobre soluciones fue precedida, emulada o seguida inme-

diatamente por desarreglos técnicos derivados, por ejemplo, de leyes reformatórias del Código Civil que no podían inscribirse dentro de los respectivos reformados, o de los que en forma explícita se desentendían de proveer a las repercusiones formales, aunque fuesen previsibles, o de las que lanzadas sobre objetivos concretos, qual fue, v. g., el declarar que todo nacimiento engendra vínculos de paternidad y de filiación, se arriesgaban a proscribir o que llamaban “discriminaciones”, sin advertir que sus propias formulas creaban otras nuevas, y sin hacerse cargo, por una parte, de que todas las anametizadas tendrían entrada, día por día, en documentos procedentes de países que mantuvieran las designaciones tradicionales y, por otra que una veintena de títulos del Código Civil está cargada de vocablos como “legítima”, porción legítima”, “*filiación legítima*”, “sucesor legítimo”, “sucesión legítima”, “legitimario”, “heredero legítimo”, todos ellos discriminatorios según las leyes aludidas y todos difícilmente sustituibles por perifraís tan engorrosas como las que esas mismas leyes suponen: “hijos de personas unidas entre sí por matrimonio”, “*hijos de personas no unidas entre sí por matrimonio*”. La oportunidad en que encadenamos las siguientes reflexiones sobre “derecho civil” y sobre “código civil” es, pues, flagrante, al igual que habrá de serlo, según nuestra esperanza, la que nos ha movido a emprender simultáneamente una consolidación de per grado que encerrará confrontaciones tácitas y que tomará el nombre de *El Código Civil argentino a los noventa años de su promulgación*”

Escrito com alma, éste pequeno livro contem observações oportunas e estabelece diretrizes seguras para a feitura do novo Código Civil argentino.

Que os ensinamentos, que nele se contêm, sejam recebidos e acatados, é o mínimo que possa desejar.

W. F.

International Bar Association, Eighth Conference Report, Salzburg, July 1960, The Hague Martinus Nijhoff Publisher, Holanda 1960, 626 p..

A International Bar Association — IBA publica neste volume os Anais da 8.^a Conferência Internacional promovida pela sociedade e realizada em Salzburg, Áustria, no período de 4 a 8 de julho de 1960.

Aparece, no início, relato histórico resumido sobre a origem da IBA, em que se esclarece ter sido fundada em 1947, com sede em Nova York, por representantes de trinta e três associações nacionais. A sociedade internacional não tem fins políticos e seus objetivos são: contribuir para o progresso da ciência do direito em todas as suas fases e particularmente no que se refere ao direito internacional e comparado; promover a uniformidade nos campos do direito adequados; promover a administração da justiça dentro da lei em todos os povos do mundo; promover os princípios e objetivos das Nações Unidas, em seus aspectos legais; estabelecer e manter relações amistosas entre os profissionais da advocacia em todo o mundo; cooperar e promover a coordenação entre as organizações jurídicas internacionais que tenham propósitos semelhantes.

Estiveram presentes à Conferência 39 países, representados por 665 advogados e 386 convidados.

O volume contém o texto de Resolução aprovada pelo plenário da Conferência sobre a imunidade dos países soberanos, quando desenvolvem atividade comercial fora dos próprios domínios. Tal resolução não se aplica aos navios de guerra, aos iates nacionais, navios de navegação costeira do governo e outros navios empregados exclusivamente em serviço governamental de natureza não comercial. Discrimina a Resolução as condições em que um país pode tornar-se parte em processos movidos pela Justiça de outro país; veda a exigência da apresentação de documentos, testemunhas ou provas incompatíveis com os interesses nacionais e determina as condições em que um país poderá executar decisões de seus próprios Tribunais contra propriedade de outro país. Determina ainda o não reconhecimento dos privilégios e imunidades ligados à soberania a corporações ou associações com fito de lucro, organizadas separadamente pela autoridade de um país ou que estejam sujeitas a essa autoridade.

Na sessão plenária presidida por LOYD WRIGHT (Estados Unidos) e cujo relator foi ERNEST W. POWELL (Inglaterra) discutiu-se a função de uma associação de advogados quanto à prestação de serviços à advocacia e ao público: educação ou treinamento continuado (ou post-graduado) na profissão. O tema recebeu contribuições do próprio relator e de diversos especialistas da Áustria, Canadá, França, Alemanha, Irlanda, Israel, Japão, Coréia, México, Noruega, Escócia, Estados Unidos, Turquia, Suécia e Espanha. Concluiu o relator salientando haver acôrdo unânime em que a educação, formação ou treinamento continuado ou post-graduado deve realizar-se através de toda a vida profissional do advogado. O senso de responsabilidade do profissional

da advocacia deve elevar-se o mais possível. Segundo opinião geral, o problema do treinamento post-graduado não pode ficar a cargo apenas do profissional, como pessoa, pois sòmente as associações e sociedades estarão em condições de fazer sentir a necessidade dêsse treinamento e encarregar-se dêle. As responsabilidades pela existência e pelo aumento de facilidades para a educação continuada são inescapáveis, sejam elas ou não oferecidas pela associação. A atração dos programas de educação dêsse tipo depende não só da qualidade do programa mesmo, mas também daquelas facilidades e oportunidades.

As contribuições oferecidas à Conferência, nesta parte do temário, apresentam valiosas informações e sugestões quanto ao desenvolvimento dos programas de educação post-graduada dos advogados. Referem-se, por exemplo, aos diversos métodos adotados: preleções; distribuição gratuita de publicações adequadas; publicação de periódicos, jornais, revistas, manuais; discussões, inclusive a chamada *discussão em painel* ("panel discussion"), que consiste no planejamento e ensaio de discussão orientada por um moderador e de que participam especialistas escolhidos, para examinar os vários aspectos de determinado assunto ou debater pontos de vista opostos, na frente dos alunos, ou melhor, do auditório, que apenas observa, não tomando parte nos trabalhos; *discussões informais* de que participam ao lado dos especialistas os alunos e cujo objeto pode ser, por exemplo, determinado caso importante recentemente julgado ou o exame de uma técnica legal há pouco adotada, funcionando alguns dos participantes como "advogado do diabo" para assegurar a consideração do problema sob mais de um ponto de vista e descobrir os pontos fracos dos diversos argumentos; recursos audio-visuais, compreendendo desenho, fotografia, dispositivos, filmes, televisão de circuito fechado etc.; cursos especiais; cursos residenciais, isto é, realizados na Universidade onde os advogados passam a residir, possibilitando-se assim maior convivência com os colegas durante as preleções, discussões em grupo, refeições, ou mesmo no decorrer de conversação nos intervalos, o que facilita a troca das respectivas experiências profissionais.

Realizou-se também simpósio sòbre "The formation and operation of foreign subsidiaries and branches, including the extent to which foreign subsidiaries are entitled to special treatment under the law of their incorporation or under international law", que segundo o relator D. PARK JAMIESON (Canadá), teria sido mais apropriadamente intitulado "Doing Business Abroad", porque nele se tratou principalmente das condições de aceitação, aplicação e regulamentação do capital estrangeiro nas diversas nações.

Participaram do simpósio, além do relator, representantes da Austrália, Áustria, Dinamarca, Inglaterra, França, Japão, Coréia, Holanda, Noruega, Filipinas, Escócia, Suécia, Suíça, Turquia, Estados Unidos e Alemanha. Os trabalhos versaram sobre estatísticas nacionais; direito comercial e o poder discricionário do Governo em negócios comerciais; sistema de formação do capital, abrangendo sistema bancário, estabilidade monetária, auxílio estatal para a indústria e o comércio, impacto do investimento do capital estrangeiro etc.; natureza, poderes, responsabilidades e formação das sociedades e demais entidades comerciais; disciplina legal das empresas comerciais estrangeiras e, em geral, política nacional relativa aos investimentos estrangeiros.

Para os estudiosos do direito comercial comparado são inúmeras as informações oferecidas pelo simpósio, sendo de notar que incluiu o estudo de cinco casos pelo método da “panel discussion” já mencionado.

Na parte dos temas livres, a Conferência tratou da conduta profissional, abrangendo:

a) O segredo profissional como direito do cliente. O relator JOHN PALLE BOHL (Dinamarca) salientou haver em alguns países (Suécia e Dinamarca) tendência no sentido de poderem as autoridades do fisco exigir do advogado informações sobre a economia do cliente. Esclarece ser geralmente observado princípio que impede possa o advogado testemunhar sobre assuntos de interesse do cliente, exceto com autorização deste. Às vezes, a proibição atinge os empregados do profissional. Cuidou-se de saber se o advogado pode falar e corresponder-se com seu cliente, sem qualquer censura. As restrições neste particular existem em certos casos apenas para o profissional nomeado pelo próprio cliente e não para o advogado dativo; outras vezes, há censura nas comunicações escritas e não nas hipóteses de entendimentos pessoais.

b) A questão do uso, pelos advogados, de gravações e filmes como prova. Foi relator L. HARDENBERG (Amsterdã). O estudo deste tema baseou-se em questionário distribuído pela IBA. Concluíram os participantes que o uso da fita ou do fio gravado tem geralmente valor probante variável: quando autênticos, o valor é excelente, sendo entretanto categoria de prova “sui generis”, cujo valor depende das circunstâncias. Parece de grande vantagem quando a autoridade judiciária tem inteira liberdade na apreciação da prova. Examinou-se o assunto sob diversos ângulos: gravações com ou sem consentimento ou conhecimento das pessoas envolvidas; gravações obtidas mediante trapaça, por meio de provocação ou sem cuidado adequado, não se esquecendo

também das gravações realizadas para uso particular do advogado e outras hipóteses igualmente interessantes.

Foram ainda objeto de consideração como temas livres: os monopólios e as práticas comerciais restritivas — relator R. O. WILBERFORCE (Inglaterra); tribunal e processo judicial para proteção de investimentos no estrangeiro relator Dr. KURT EHLERS (Alemanha); problemas legais relativos à energia atômica relator E. BLYTHE STASON (Estados Unidos); projeto de convenção sobre coleta de provas e apresentação de documentos no estrangeiro — relator Dr. GERHARD NEHLERT (Alemanha).

Contêm ainda os anais o balanço financeiro da IBA no período de janeiro a junho de 1960 e lista, com endereço, dos participantes da Conferência.

N. L. G.

INDICE.

HOMENAGEM.

Professor Dr. Canuto Mendes de Almeida	7
--	---

DOCTRINA.

Le Droit Comparé du Travail — Alexandre Berenstein	9
Direitos exclusivos do Estado à exploração da sua plataforma continental — Gilda Maciel Correia Meyer Russomano	28
A política de proteção e elevação das raças exóticas do Brasil nos séculos XVI a XVIII — Waldemar Ferreira	34
Prefácio a Battaglini no Brasil — Basileu Garcia	79
Estudo analítico do direito ao cargo — Fernando Henrique Mendes de Almeida	83
As relações do empregador com a segurança social por ocasião dos acidentes do trabalho e das doenças profissionais — Nair Lemos Gonçalves	101
Origem romana da Assistência — Moacir Lobo da Costa	152

CONFERENCIAS E DISCURSOS.

Oração de paraninfo aos bacharéis de 1963 — Luis Eulalio de Bueno Vidigal	162
Sebastião Soares de Faria — J. J. Cardoso de Mello Neto	173
Lafayette Rodrigues Pereira — Ernesto de Moraes Leme	175
Castro Alves, evangelista do Direito — Alfredo Buzaid	196
A projetada reforma do Código Civil — Silvio Rodrigues	206

TESES DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO.

A individualização da pena no Direito Penal Comparado Latino-americano — Moacyr Benedicto de Sousa	217
O conteúdo jurídico da responsabilidade penal — Nélson Ferreira Leite	281

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

A entrega ao professor Waldemar Ferreira do título de membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros	298
---	-----

BIBLIOGRAFIA	313
--------------------------	-----

INDEX.

HOMMAGE.

Le professeur Dr. Canuto Mendes de Almeida.	7
--	---

DOCTRINE.

Le droit comparé du travail — Alexandre Berenstein	9
Les droits exclusifs de l'Etat pour exploitation de sa plate-forme continentale — Gilda Maciel Correia Meyer Russomano ...	28
La politique de protection et élévation des races exotiques au Brésil du XVIe. aux XVIIIe. siècles — Waldemar Ferreira	34
Préface à Battaglini au Brésil — Basileu Garcia	79
Étude analytique du droit à la charge publique — Fernando Hen- rique Mendes de Almeida	83
Les relations de l'employeur avec la sureté nationale à l'occasion des accidents du travail et des maladies professionnelles — Nair Lemos Gonçalves	101
L'origine romane de l'assistance — Moacir Lobo da Costa	152

CONFÉRENCES ET DISCOURS.

Le discours de paranympe aux bacheliers de 1963 — Luis Eulalio de Bueno Vidigal	162
Sebastião Soares de Faria — J. J. Cardoso de Mello Neto	173
Lafayette Rodrigues Pereira — Ernesto de Moraes Leme	175
Castro Alves, l'évangéliste du Droit — Alfredo Buzaid	196
Le projet de réforme du Côle Civil — Sílvia Rodrigues	206

THESES DU COURS DE SPECIALISATION.

L'individualité de la peine dans le droit pénal comparé de l'Amérique Latine — Moacyr Benedicto de Sousa	217
Le contenu juridique de la responsabilité pénale — Nélson Ferreira Leite	281

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

Mr. le professeur Waldemar Ferreira est décerné le titre de membre honoraire de l'Institut des avocats brésiliens	298
---	-----

BIBLIOGRAPHIE	313
----------------------------	-----

TABLE OF CONTENTS.

HOMAGE.

Professor Dr. Canuto Mendes de Almeida	7
--	---

DOCTRINE.

The comparative working law — Alexandre Berenstein	9
The exclusive rights of the State to the exploitation of its continental platform — Gilda Maciel Correia Meyer Russomano	28
The policy of protection and elevation of exotic races in Brazil from the XVIth. to the XVIIIth. centuries — Waldemar Ferreira	34
Preface to Battaglini in Brazil — Basileu Garcia	79
Analytical study of the right to the public charge — Fernando Henrique Mendes de Almeida	83
The relationship between employer and the national safety in working accidents and professional illness — Nair Lemos Gonçalves	101
The Roman origin of the assistance — Moacyr Lobo da Costa ..	152

CONFERENCES AND SPEECHES.

Paranymph's speech to the 1963 bachelors — Luis Eulalio de Bueno Vidigal	162
Sebastião Soares de Faria — J. J. Cardoso de Mello Neto	173
Lafayette Rodrigues Pereira — Ernesto de Moraes Leme	175
Castro Alves, the evangelist of Law — Alfredo Buzaid	196
The intended reformation of Civil Code — Sílvio Rodrigues	206

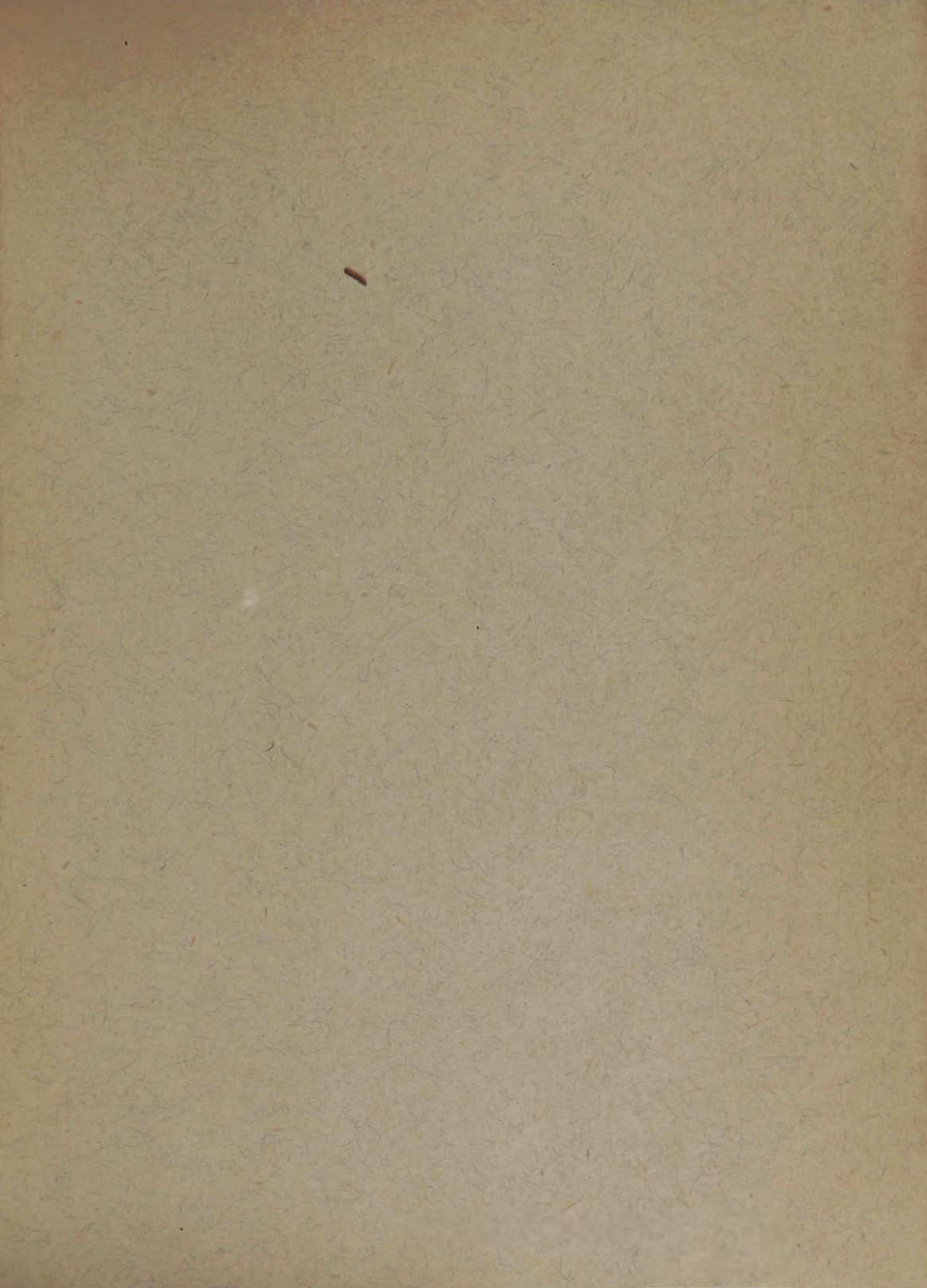
THESES OF THE SPECIALIZATION COURSE.

The individuality of forfeit in the compared Latin-american Penal Law — Moacyr Benedicto de Sousa	217
The juridical content of penal responsibility — Nélson Ferreira Leite,	281

UNIVERSITY CHRONICLE.

Professor Waldemar Ferreira is given the title of honorary member of the Institute of Brazilian lawyers	298
---	-----

BIBLIOGRAPHY	313
---------------------------	-----





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).