





N3-42

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIII

1968



REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAI

32

VICE-DIRETOR

DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR
DR. SILVIO RODRIGUES
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL

PROFESSORES HONORÁRIOS

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

PROFESSORES EMÉRITOS

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

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JUNIOR 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 Ciências das Finanças
DR. CANDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZAI de Direito Judiciário Civil
DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil

- DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
 DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro
 DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
 DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil
 DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público
 1/25 DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de Direito Civil
 1/26 DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal

LIVRES-DOCENTES

- DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
 DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal
 DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
 DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
 DR. 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 JUNIOR de Direito Constitucional
 DR. ODILON DE ARAÚJO GRELET de Direito Constitucional e de Economia Política
 DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA 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. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
 DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
 DR. CAIO PRADO JUNIOR 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. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
 DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
 DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil
 DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil
 DR. LUÍS AMERA de Direito Judiciário Civil
 DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
 DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
 DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
 DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR 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. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil
 DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado
 DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil
 DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal
 DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil
 DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito
 DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro
 DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORÁ de Direito Financeiro
 DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro
 DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil
 DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial
 DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil
 DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro
 DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política
 DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado
 DR. JOSÉ CRETILLA JUNIOR de Direito Administrativo
 DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional
 DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal
 DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil
 DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à
 Ciência do Direito
 DR. FABIO KONDER COMPARATO de Direito Comercial

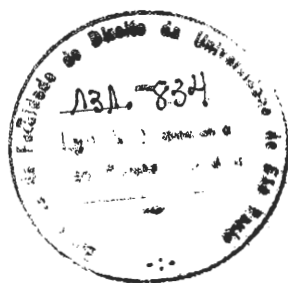
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXIII

1968

63



34
37-8.4 (816.1)

1968

Comissão de Redação:

Prof. Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior

Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira

Prof. Dr. Miguel Reale

Secretária de Redação:

B.^{el} Maria Angélica Rebello.

Centenário de Nascimento do Professor Dr. José Mariano Correia de Camargo Aranha*.

José Carlos de Ataliba Nogueira

Catedrático de Teoria Geral do Estado na
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Estas comemorações acadêmicas não constituem apenas homenagem aos mestres do passado. Recordam ainda as gerações de moços que tiveram ideal e se fatigaram por realizá-lo. Entre tais jovens incluímos igualmente os mestres, porque também foram moços.

Celebramos os cem anos do natalício de José Aranha, nascido em Rio Claro, província de São Paulo, aos 8 de junho de 1867. Seus pais, João Correia de Camargo Aranha e Elisa Alvares Machado, fazendeiros naquele município.

Fêz os estudos primários e parte do secundário na fazenda de Santa Maria, propriedade de seu pai, ministrando-lhe o ensino de tôdas as matérias o alemão José Ladislau Peter, bela cultura humanista, mais tarde professor no Ginásio de São Bento, da capital e autor de notável gramática latina.

Ensinou-lhe a rezar a sua mãe, modelo de virtudes.

Adolescente, veio para São Paulo e completou no Seminário Diocesano a seriação colegial. No curso anexo

*. Discurso proferido no salão nobre, aos 30 de outubro de 1967, na sessão comemorativa do centenário de nascimento do Prof. Dr. José Mariano Correia de Camargo Aranha.

à nossa Academia de Direito prestou todos os exames, o último dos quais a 22 de dezembro de 1889, uma semana depois da proclamação da república.

Em requerimento de próprio punho, solicitou matrícula no primeiro ano do curso de direito, a 15 de março de 1890, apresentando os certificados de aprovação nos exames das línguas latina, portugêsa, francêsa e inglêsa; os de aritmética e geometria; de geografia, história universal, corografia e história do Brasil; e os de filosofia, retórica e poética.

Recolheu a taxa de inscrição de cinqüenta e um centavos atuais. Todos os papéis trazem o timbre do curso anexo e constam do arquivo da Faculdade. Vem impresso em todos êles: Faculdade de direito da *cidade* de São Paulo. Ostentam a corôa imperial, exceto o recibo da coletoria, ornado com modesto e mal impresso barrete frígio.

Acolheu o novo acadêmico o secretário interino, Julio Maia, jovem não-neurastênico!

Os papéis dos anos seguintes não trazem ainda as armas da república, mas a corôa imperial fôra substituída pela efigie da justiça, mulher alta e esbelta, de pé, com elegante túnica roçagante, sem vendas nos olhos; espada desembainhada na dextra e com a ponta fincada no chão. Na mão esquerda a balança, mais pendente um dos pratos do que o outro. Ao lado, uma coluna e um livro sôbre ela. Finalmente, dois livros arremessados ao chão.

Dentre outros, matricularam-se também, no primeiro ano, em 1890: Alcantara Machado, Julio de Faria, Plínio e Antonio de Godoi, Alfredo de Toledo, Astolfo Leite de Magalhães Pinto, Paulo Lobo, José Severiano de Rezende, José Maria Lisboa Junior e Paulo Maria de Lacerda.

Foram seus professôres no primeiro ano Pedro Lessa, de direito natural e Brasília Machado de direito romano. Sômente duas cadeiras.

Naquele ano houve na Academia três ocorrências mais salientes: a jubilação compulsória do conselheiro Justino, que tanto agitou a Faculdade e motivou violentos protestos da congregação; o baile em honra do generalíssimo Deodoro da Fonseca, chefe do governo provisório; e a entrada intempestiva na sala da congregação, quando reunida, do estudante Martinho Carlos de Arruda Botelho, a indagar em alta voz porque fôra reprovado e a injuriar os seus examinadores. Foi expulso e teve que terminar os estudos no Recife. Acompanhou-o seu irmão Carlos Augusto.

Logo no dia 2 de janeiro de 1891, antes da matrícula no segundo ano, sobrevém o decreto de reforma do ensino, obra do “general doutor Benjamin Constant, cidadão ministro da Instrução, Correios e Telégrafos”.

Desdobrou em três o curso de direito: o de ciências jurídicas, em quatro séries com treze cadeiras; o de ciências sociais, em três séries com oito cadeiras e o de notariado, em duas séries com quatro cadeiras. Havia ao todo vinte e dois professôres catedráticos e seis substitutos por secção.

A mais notável inovação introduzida pela reforma foi a de estabelecer a argüição do examinando também sôbre a sua prova escrita.

O acadêmico José Aranha matriculou-se na segunda série — é como passou a denominar-se — do curso de ciências sociais e a 9 de maio de 1894 colou grau. Pareceu-lhe deficiente o currículo. Fêz adaptação para o curso jurídico e colou grau simples, isto é, sem festa de formatura, juntamente com o seu grande amigo e futuro compadre, Alberto Cardozo de Melo, aos 25 de abril de 1896.

Aliás, a turma era reduzidíssima: além dos referidos dois bacharelados, compareceram também Alcantara Machado, José Ferreira de Castilho e Alfredo Rezende, cinco ao todo.

Durante os estudos, colaborou em vários jornais acadêmicos e dirigiu *A Reação*, periódico religioso e monarquista, juntamente com Hermógenes Altenfelder Silva, Alberto Cardozo de Melo, João Batista de Souza, José Bonifácio Coutinho, Cardoso Ribeiro e Adolfo Coutinho. Fêz parte do “Clube dos estudantes monarquistas”, que publicava um jornal sob a direção do acadêmico Angelo Mendes de Almeida, pai do nosso culto colega, prof. J. Canuto Mendes de Almeida.

Aluno dos mais salientes, de notabilíssima cultura para a sua idade, foi convidado para fazer concurso de medicina legal pelo seu mestre, o saudoso Amâncio de Carvalho. Os seus pendores eram, entretanto, para a cadeira de “direito criminal” e mostrava gosto e perspicácia ao fazer o confronto entre o código criminal de 1830 e o novo código penal de 1890.

Ainda antes de colar grau, no mesmo ano de 1896 casou com Rute Brasiliense, nascida em Campinas quando seu pai Américo Brasiliense advogava perante as duas varas da comarca.

O casal teve cinco filhos, dois homens e três mulheres, todos vivos e presentes a esta solenidade.

Seu sogro, que foi o primeiro presidente eleito do estado de São Paulo, morreu no referido ano, deixando vaga a cadeira de direito internacional.

Com as vistas postas naquela cátedra, Camargo Aranha fêz concurso para a primeira secção, que reunia as cadeiras de filosofia do direito, direito público e constitucional, direito internacional e história do direito.

Estão impressas a sua dissertação e teses. Propunha-se defender seis teses de internacional e diplomacia; seis de direito público e constitucional; três de filosofia do direito e três de história do direito e principalmente do direito nacional.

Versou a dissertação, de cinqüenta e sete páginas, em linguagem castiça, sôbre *A propriedade e o seu fundamento*, tema da cadeira de filosofia do direito.

Examina o assunto à luz das preocupações do momento e o engasta na *questão social*, que agitava o final do século e, como diz, “nos últimos tempos tem preocupado tanto os filósofos e os economistas” Alude ainda à questão agrária.

Transcreve esta frase de Platão, na República: “Cada qual das polis gregas não é uma, mas são pelo menos duas polis: uma composta dos ricos, outra dos pobres.” Contudo, a solução não é a abolição da propriedade privada; é não desnaturá-la e saber por que existe. Conclui afirmando que a propriedade indivisível tem o seu fundamento na natureza humana, constitui direito sagrado e há de ser elemento de progresso e ordem para a sociedade.

Estudo erudito e bem concatenado. Hoje, apresentar-se-ia deficiente, embora faça alusões ao comunismo.

Lecionou desde a nomeação de substituto, em 1897. Pelo decreto de 12 de janeiro de 1901, passou a catedrático de direito público e constitucional. Assinado pelo presidente Campos Sales e referendado pelo *doutor* Eptácio Pessoa, como assina o ilustre professor do Recife e grande brasileiro.

Desta matéria deu aulas apenas durante um ano e pouco, pois a 1.º de maio de 1902 é aceita a sua permuta com Herculano de Freitas, passando para a 2.ª cadeira de direito criminal.

Em 1911 transferiu-se para a de teoria e prática do processo criminal. Já doente, faleceu a 27 de setembro de 1913.

Historiemos, entretantes, certos fatos ocorridos nesse lapso de tempo e em que esteve envolvido o professor José Aranha, como era conhecido.

Dividia o seu tempo entre a cátedra, o jornalismo, atividades políticas e advocacia. Manteve escritório com o professor Rafael Correia da Silva, seu parente e correligionário, cujo gênio era o oposto da candura, cortezia e bondade do professor José Aranha.

Principiou agitado o ano de 1901, pois logo no seu primeiro dia a folha oficial estampava o *Código dos Institutos Officiais de Ensino Superior e Secundário*, reformando assim de novo o curso das Faculdades de Direito. É a reforma Epitácio Pessôa.

Não apreciaram os estudantes as novidades.

Dentre outras medidas, acabou com os feriados das quintas-feiras; prescreveu exames de vinte minutos para cada aluno; determinou lugares marcados nas salas de aula; possibilitou aos alunos do segundo ano fazerem exames do terceiro em março e, assim, se matricularem no quarto ano.

Aproveitaram-se da medida e deram o pulo doze colegas de José Aranha. Quanto aos demais, mostraram-se inconformados mestres e discípulos. Limitaram-se os primeiros a protestos na congregação, noblesse oblige, como consta das atas e officios ao referido ministro da justiça, que era o mesmo dos assuntos do ensino.

Já os estudantes, deveras inquietos, anunciaram que iam fazer o enterro de Epitácio Pessôa. Intimaram à Empresa funerária Rodovalho, localizada em frente à Faculdade, que lhes fornecesse gratuitamente o caixão, “na medida do morto simbólico”

Organizou-se o acompanhamento. Na frente do esquife, um dos mais estimados bedéis foi obrigado a levar uma corôa de capim. Três acadêmicos penetraram sorratamente na torre do convento de São Francisco e badalaram os sinos em funeral. Foi a ordem de se pôr em movimento o cortejo.

Correu tudo bem, com aplausos populares, até o largo de São Bento, onde a cavalaria da Fôrça Pública, às ordens do delegado Rudge Ramos, carregou contra os manifestantes. Sairam feridos vários estudantes.

Em represália, no dia seguinte, decidiram fazer a apoteose da rolha. Em fila de quatro marcharam pelo Triângulo, com a boca arrolhada. Dois vistosos cartazes

provocavam hilaridade e o aplauso da multidão postada nas calçadas. Dizia um: *Dura rolha, sed rolha*. E o outro: *Lasciate ogni speranza o voi che parlate*.

A passeata foi dissolvida de novo pela cavalaria, que os estudantes passaram a respeitar religiosamente.

Em 1902, ocorre a morte do venerando diretor, o Barão de Ramalho, no exercício do cargo havia onze anos. Faleceu aos 93 anos de idade.

Sempre querido e respeitado por todos, embora enérgico. Por mais de uma vez, ao presidir à congregação, quando era contrariado pelos colegas “mais jovens”, vários com mais de sessenta anos, dizia: “A congregação resolveu assim, mas eu não executo.” Entreolhavam-se os professores e sorriam amarelo.

Ainda neste ano de 1902, deu-se um fato até hoje pouco conhecido na história do Brasil e de São Paulo. Desenvolvia-se rapidamente uma conspiração para a restauração monárquica. No Rio de Janeiro, chefiavam-na os conselheiros João Alfredo e Andrade Figueira, o visconde de Ouro Preto, Carlos de Laet e outros. Em São Paulo, o velho João Mendes e seus filhos Penaforte Mendes de Almeida, João Mendes Junior e Angelo Mendes.

Extendia-se por todo o interior do Estado, havendo triunfado em dois municípios, que hastearam a bandeira imperial por dois dias, ocupando a câmara municipal e todos os cargos públicos: Espírito Santo do Pinhal e Ribeirãozinho, hoje Taquaritinga.

Houve numerosas prisões. O inquérito em Pinhal foi presidido pelo dr. José Roberto Leite Penteado, delegado auxiliar da capital e mais tarde senador estadual. Não tomou parte no acontecimento o seu cunhado e jovem advogado, estreante naquela comarca, dr. José Maria Whittaker, que nos narrou vários episódios então ocorridos. À frente da insurreição estava a família do barão da Mota Pais.

Em Ribeirãozinho foi prêso grande e influente chefe local; na capital, dentre outros, o professor Rafael Correia da Silva, parente e companheiro de escritório de José Aranha, motivo pelo qual “A Platéia” noticiou que também êle tinha contra si mandado de prisão. José Aranha atravessa a rua, penetra no edifício do jornal, seu vizinho de frente, e diz ao redator que aguardava a prisão. Ninguém, entretanto, teve coragem de detê-lo, tal a estima em que era tido.

Fundou-se o Centro Acadêmico XI de Agôsto ainda êste ano.

Camargo Aranha ficou estreitamente ligado à turma de 1900 a 1904. Sòmente não foi seu professor no último ano. Do primeiro ao quarto ministrou-lhe aulas de direito público e constitucional, direito criminal (2 anos) e direito internacional público.

“Professor culto e dedicado, conseguiu a amizade e admiração dos seus discípulos” — são palavras de Cantinho Filho, em opúsculo publicado quando da comemoração do trigésimo aniversário da turma, em 1934.

Ao chegarem ao término do curso, os jovens escolheram o professor Camargo Aranha para seu paraninfo, muito embora não tivesse sido seu mestre no quinto ano, como salientamos. Tal a estima que lhe devotavam.

Foi brilhante a turma. Dela fizeram parte Andrelino de Assis, Câmara Lopes e Raul Vicente de Azevedo, que nos honram aqui com a sua presença, na louçania dos seus oitenta e cinco anos de idade, longa vida em que prestaram os mais assinalados serviços à administração pública de São Paulo.

Colaram grau sessenta e dois bacharelados na noite de Natal de 1904.

Alem dos três já mencionados, recorro mais os seguintes componentes da turma: Alipio Canteiro, Bias Bueno, Antero Bloem, poeta campineiro autor do soneto

“O Cristo de marfim”; Eugenio de Lima, Francisco Nogueiros Rinaldi, Francisco Thompson Flores, Francisco Fontes de Rezende, Guilherme Alvim Alvares Rubião, Gustavo Paes de Barros, aprovado com distinção em quase tôdas as cadeiras do curso; Joaquim Barbosa de Almeida, pai do nosso prezado colega José Barbosa de Almeida, João Nogueira de Sá, Monteiro Lobato, Luis da Camara Lopes dos Anjos, que logo depois defendeu tese e é doutor de borla e capêlo; Luis Pereira de Campos Vergueiro, Mario Roberto Duarte, Omar Simões Magro, Rafael Cantinho Filho, historiador da turma e biógrafo dos seus colegas, Sebastião Nogueira de Lima e Ulisses Coutinho.

O salão nobre do velho edifício demorava no segundo andar. Era estreito e comprido, ao longo da rua do Riachuelo. Paredes cobertas de retratos a óleo de vários professôres, de corpo inteiro e tamanho natural; de maior porte o de dom Pedro II, atrás da mesa da presidência e que recentemente fôra recolocado em seu lugar, com grande dificuldade, mas graças à diligência do acadêmico José Carlos de Macedo Soares, que contou com a ajuda do professor Pedro Lessa. É esta mesma soberba obra de arte que aqui está, retirada do salão nobre quando do baile ao generalíssimo Deodoro.

Como acontecia nas solenidades de formatura, o res-cinto austero se trasmudava em ambiente festivo, com o borborinho dos estudantes, as famílias dos novos bacharéis, os seus convidados e amigos.

No extremo do salão, a congregação presidida pelo diretor. Em lugares de honra d. José de Camargo Barros, bispo diocesano e os membros do govêrno.

Cessadas as notas do hino nacional, o diretor tomou o juramento de cada qual dos jovens e como sinal sensível da colação do grau de bacharel recobriu a cabeça de cada um com as borlas carmesins.

A seguir deu a palavra ao orador da turma, Edgard Jordão.

Eis uns tópicos do seu discurso:

“Quero luz! — êsse grito lancinante do padre Lamenais não é senão o desafoço violento da velhíssima angustia da humanidade que, com o peito cheio da dispnéia do infinito, escabujando sob o joelho enorme da dúvida quanto ao seu destino, tenta através das filosofias e das religiões a vã escalada para a felicidade” (Edgard Jordão, *Entremos desassombradamente na arena da vida*. Rio, 1913, 2.^a ed., p. 9).

Por esta forma tão estranha enuncia a sua tese, aquilo que se propõe provar. Insurge-se desabridamente contra tôdas as religiões e contra tôdas as filosofias, sem exceção, desde as mais antigas do extremo oriente até o catolicismo e até Hegel.

Linguagem de nefelibata e estilo gongórico, tenta fazer a exposição sintética das crenças e do alto saber humano e, apenas numa linha para cada qual delas, busca refutar uma a uma. Ao invés de argumentos, dirige-lhes diatribes, pesados insultos. Confusão nas idéias, apresentação especiosa, vocábulos rebuscados e impróprios, tudo fruto de leituras indigestas.

Quando chegou a vez do judaísmo, disse: “Aparece então essa incerteza, rojando-se surdamente pelo chão áspero da Judéia: e numa elocubração arrebatada, numa inspiração desordenada, vizinha da loucura, com a imaginação em desalinho, conferencia com um deus agreste numas sarças de fogo: e os profetas exaltados pela febre do gênio como bando fúnebre de corvos esvoaçam grassando predições lúgubres; ladram contra as delícias da vida na terra com Isaias; desgrenham-se com Jeremias e pela boca de Ezequiel, boca tenebrosa como uma teologia, esmagam as cidades apavoradas com êste consôlo remoto: — dia virá em que Jeová soprará a vida nos ossos espalhados dos mortos” (p. 12).

Ao terminar êste período de legua-e-meia, ouviu-se murmúrio no auditório. Concentraram-se os olhares na

doce figura do bispo diocesano. Inquietaram-se alunos, novos bacharéis e professores.

Prossegue o orador até chegar ao cristianismo. Já agora reúne na mesma objurgatória religião e filosofia. Certa mentalidade superior, ao juízo do representante da turma, “separa de vez, em assomo de irreverência, o abraço hipócrita da crença e da razão e acende assim para sempre a inimizade da ciência e da fé” (p. 15).

E prossegue na demonstração da “vertigem das religiões e na esterilidade das filosofias” (p. 20).

Todavia, elogia Jesus, que qualifica como “moço vidente” (p. 20), mas não gaba o cristianismo. Longe disso!

“Nada mais pode esperar a humanidade de uma religião que, tendo findado o seu ciclo, aconselha, com a destruição sacrossanta dos afetos, a morte da família e o suicídio da sociedade. Não pode, pois, apaziguar a neurose humana uma doutrina que, na sua passagem pelos séculos, atravancou um canto da história com o lixo sangrento do fogaréu da intolerância e das tétricas arruaças do fanatismo” (p. 21).

Neste momento, como se houvesse prévia combinação, levantaram-se d. José de Camargo Barros, as pessoas gradas, quase todos os professores, várias famílias e diversos outros assistentes.

Notícia “O Estado de São Paulo” que proferidas aquelas palavras êles se retiraram do salão nobre para uma sala contigua (27 de dezembro de 1904, p. 8).

Da congregação restaram apenas o diretor Mamede de Freitas e Pedro Lessa. O professor de filosofia do direito explicou mais tarde que não saiu de propósito, porque o diretor apôz o “visto” no discurso sem o ter lido.

Vicente Mamede dirige-se ao orador e diz-lhe: “Moço... quero dizer, senhor bacharel, passe logo para a peroração.”

Ficou o discurso pela metade, pois pouco depois de salientar que o havia distribuído impresso pela assistência,

o orador saúda os colegas, despede-se de todos e abandona a tribuna.

Regressaram o bispo diocesano, a congregação e os demais que se haviam retirado. Todos retomam os seus assentos.

O ambiente era pesado.

Dirige-se vagaroso para a tribuna o paraninfo, professor Camargo Aranha. Queridíssimo entre os acadêmicos. Sereno, calmo, com a fisionomia tranqüila de sempre, a bondade a revelar-se até nos simples gestos. Concentram-se nele os olhares de todos.

Ageita os papéis em suas mãos, sem nervosismo, volta-se para a assistência e quebra o silêncio sepulcral com estas palavras, ditas com doçura comovente de expressão:

— “Louvado seja Nosso Senhor Jesus Cristo”.

A assistência respondeu à saudação tradicional.

Estrugiram aplausos.

O discurso de paraninfo trazia-o escrito. Não foi preciso alterar-lhe palavra, nem precedê-lo de qualquer exórdio improvisado. Calhou ao momento.

Publicou-o na íntegra *O Estado de São Paulo* (27 de dezembro de 1904).

Salienta inicialmente que aquela era a noite de Natal. Ou como religiosos ou como homens de ciência haviam os jovens bacharelados de convir em que era o dia do maior acontecimento de tôdas as idades. Reconhecia e proclamava o Deus-Homem, cuja doutrina operou a maior e mais benéfica revolução de que a história dá notícia. Jesus Cristo é Deus e sábio. Alude comedidamente à influência do cristianismo da formação do direito moderno.

Desenvolve com proficiência o seu tema.

A seguir, passa a fazer o elogio do advogado e do magistrado. Mas, envereda depois para aquilo que julgou mais importante aconselhar aos jovens bacharelados:

“A pátria prefere que a vossa atividade se exerça... num cenário muito mais vasto, o político, onde os grandes homens revelam o seu valor promovendo ousadamente as grandes reformas que o bem público reclama.” Supõe o orador até reformas radicais.

Recorda já lhes haver dado tal conselho em aula. E termina: “Sede políticos, indiferentes é que não”. (*O Estado de São Paulo*, 27 de dezembro de 1904).

Não se estranha a irreverência do fogoso e infeliz orador da turma de 1904. Por mais de uma vez, na história acadêmica, se esbateu êsse espírito anti-religioso. Até da parte de mestres da casa.

Ocorre-me à lembrança a figura do conselheiro Falcão, catedrático de direito mercantil e marítimo.

Pernambucano, formado em Paris, foi nomeado substituto em 1830 e regeu a cátedra durante trinta e quatro anos.

Aborrecia os perfumes, as mulheres e os padres.

Nunca foi casado.

Sempre que se referia a Jesus Cristo, dizia “o Deus surrado” e, dirigindo-se aos alunos: “o vosso Deus surrado”.

Seu filho, o ilustre dr. Falcãozinho, havendo conquistado a cátedra depois de bellissimo concurso, foi efusivamente abraçado por seu pai, que lhe disse: “Estou entusiasmado, peça-me o que quiser.”

Suplicou-lhe o filho: “Case com a minha mãe”. Negou-lhe o pedido.

Voltando ao discurso do orador da turma de 1904, verificamos da sua leitura que, embora citando para mais de trinta autores, as fontes diretas da sua inspiração foram o infelizmente escritor português Antero de Quental e o não menos infelizmente Euclides da Cunha; os angustiados Schopenhauer e Nietzsche.

Os Sertões de Euclides da Cunha eram o livro do momento, com grande aceitação nas altas esferas.

Quando li o discurso do bacharelado, imediatamente me recordei de Euclides. E mais para o fim verifiquei que estava certo, pois vem êle mencionado duas vêzes com grandes encômios pelo jovem orador.

Uma das suas afirmações a respeito do cristianismo é quase a mesma de Euclides, quando diz que Antonio Conselheiro era a sùmula dos êrros de dois mil anos.

Em outras passagens d'*Os Sertões* se nota o mesmo espírito anticristão.

O discurso foi remetido a Euclides que o agradeceu em carta elogiosa, datada de Manaus, aos 22 de janeiro do ano seguinte, ou seja antes de um mês de proferido. E o notável é que o autor d'*Os Sertões* salienta em certo trecho: “Permiti-me um lance de vaidade: revi-me um pouco naquelas ousadias e no fulgor da sua palavra e, por momentos volvidos perto de quinze anos, escutei o éco longinqüo de muitos ideais quase desaparecidos. Ora, esta só evocação justificaria o meu maior fervente agradecimento, excluída a cativante gentileza com que me nomeou, alevantando-me aos mais altos cimos do espirito nacional” (*Discurso cit.*, 2.^a edição, 1913).

O orador tirou segunda edição da sua peça em 1913, no Rio de Janeiro, precedida da referida carta de Euclides, na íntegra. Não alinha o nome do paraninfo nem o de nenhum colega.

Outros dois episódios da vida do professor Camargo Aranha encontrâmo-los nas suas lições de direito criminal, taquigrafadas por Augusto Moreira Soares e posteriormente impressas.

No final da sexta preleção, abre parêntesis, como se diz na linguagem acadêmica, para refutar alguns argumentos de Joaquim Nabuco, expendidos no discurso com

que agradeceu o banquete que lhe foi oferecido no Rio de Janeiro.

Segundo a imprensa carioca, Nabuco teria afirmado que d. João VI viera para o Brasil seduzido pela política dos Estados Unidos. Constituíram êles a grande república no norte; o Brasil seria o grande império, no sul. Tal o propósito del rei.

O professor filia a afirmação ao desejo de Nabuco agradar o governo americano, pois era embaixador em Washington. Para Camargo Aranha tal novidade não se encontra em nenhum historiador, porquanto todos afirmam que o príncipe regente transportou a rainha e a côrte para o Brasil a fim de assegurar (com grande tiño político) a independência de Portugal (pp. 47 e 48).

No dia seguinte de certa solenidade acadêmica, em 1906, José Aranha abandona o ponto a ser dado para se ocupar com a festividade da véspera. É ainda o grande Joaquim Nabuco que o preocupa. Já agora presente em São Paulo e na Academia, recebido com honras excepcionais. Recorda o professor Camargo Aranha a tirada do eloqüente Reinaldo Porchat, “ao entregar Nabuco à mocidade acadêmica de São Paulo”. Não foi o lance oratório de Porchat que o contrariou, mas o discurso do embaixador.

Salienta aos alunos que já lecionou nesta casa o direito internacional público e lhe repugna aceitar a novidade de Nabuco, ao pregar a criação do direito internacional americano. O empreendimento é contrário ao espírito do direito internacional que, por definição, há de abranger o mundo todo, muito ao contrário da mera pretensão continental. Não aceita o isolacionismo e concita os alunos a lerem *A Ilusão Americana*, precioso livro de Eduardo Prado, falecido não havia muitos anos.

Outra crítica a Joaquim Nabuco foi o seu arroubo oratório a entrever São Paulo destinado a suplantar o Rio

da Prata. “Já agora o tribuno esquecerá a sua posição de embaixador e a altíssima de presidente do Congresso Pan-Americano, encerrado há dias no Rio de Janeiro. Estava comprometendo as nossas relações diplomáticas com a Argentina.”

A taquigrafia registra os aplausos às afirmações do mestre (pp. 132 a 140).

Aliás, não morria de amores por Nabuco. O jornal paulistano de que foi redator, *O Império*, em seu número de 19 de março de 1899, sentenciara: “Nós monarquistas não acusamos Joaquim Nabuco, mas também não temos que defendê-lo”.

É que Camargo Aranha se conservava monárquico, sinceramente monárquico. Tanto assim que, na presidência Nilo Peçanha, foram buscá-lo em Sorocaba, onde residia, para proferir o discurso de saudação dos correligionários de São Paulo a dom Luis de Orleans e Bragança, a bordo do navio em que veio para as bandas do “Cruzeiro do Sul”. Foi a Santos e encantou o príncipe e os monárquicos paulistas com o calor, aliás inusitado, das suas palavras.

Em virtude da lei de banimento da família imperial, o presidente da República não no deixou desembarcar, nem no Rio de Janeiro nem em Santos, lugares onde parou a embarcação.

As suas preleções de direito criminal, impressas, padecem dos defeitos da taquigrafia não revista pelo mestre, como se avisa com a fórmula salutar: Sem a responsabilidade da ilustrada cátedra.

Tem-se clara, entretanto, a sua orientação doutrinária, que não é nem a da então *escola clássica*, arraigada na teologia jurídica dos tempos em que os positivistas dos vários quadrantes pretenderam abrir *nuovi orizzonti* ao direito penal, nem a da então também chamada *scuola nuova*, nem a da confusa, pobre, incipiente e contraditória *terza scuola*.

Para a escola velha o delinquente não é ser vivo, tal qual realmente o conhecemos. É tipo abstrato concebido pela razão fora do mundo real. Também o delito não é fato real, mas fórmula jurídica abstrata consagrada na lei. Finalmente, outra abstração é a pena, que se não origina da necessidade do castigo para o reto govêrno da sociedade, mas da abstração: a lógica do direito, o pretendido restabelecimento da ordem.

Este homem fictício, convencional, hipotético, hipoteticamente também teria que praticar sempre os mesmos crimes, sujeito sempre aos mesmos castigos. Nenhuma classificação de criminosos.

E mais ainda. Este direito penal fictício seria imutável na sua essência, já no tempo, já no espaço, como se o homem não sofresse as influências do tempo e do espaço. Aliás, em tal erro incorrem neste momento os que pensam ser possível um código penal único para a América do Sul.

Contrariando tais dogmas não podia deixar de obter êxito a escola positiva, armada com todo o aparato científico do último quartel do século passado. E procede ao estudo de causas antropológicas e de causas sociais. Dai, não ser possível o emprêgo da pena em numerosos casos ou ser empregada sozinho, sem outros meios complementares e, pois, indispensáveis.

Mas o professor José Aranha também notou logo os êrros enormes dos positivistas.

A páginas 150 das preleções, vem consignado: “Lombroso com régua, compasso, trena, giz para medir o tamanho das orelhas dos criminosos, a extensão do seu nariz, a abertura da boca, os olhos, a face; para apurar se o fato foi impulsão irresistível do seu organismo.”

E segue-se a crítica ao referido inovador, a Ferri e outros seus adeptos.

Assim ensinava três anos antes da morte de Lombroso e quatro anos antes da obra de Gemeli, *I funerali de un'uomo e de una dottrina*.

A crítica, fazia-a não apenas em relação aos exageros do método científico, mas ainda porque o método experimental é insuficiente como critério único para solução das questões fundamentais do direito penal. Há uma filosofia da pena, que, por sua vez, não é qualquer filosofia, com tiradas duvidosas sôbre o livre arbítrio, que não sabe conceituar.

Não alude o professor Camargo Aranha às medidas de segurança, preconizadas já há mais de sete anos pelo jurista suíço *Stoos*. Era cedo ainda, pois na própria Itália só é realmente difundido o seu emprêgo nas vésperas do código Rocco, em 1930.

As referidas preleções também são anteriores à obra fundamental de Birkmeyer, *Was Lässt von Liszt von Strafrecht übrig?* (Que conserva Von Liszt do direito penal?), 1907.

É este mesmo jurista que define o projeto de código penal de Ferri *ein Strafgesetzbuch ohne Schuld und Strafe*.

A dedicação às aulas, o zêlo pelo desenvolvimento da matéria em lições claras, precisas, vasadas em linguagem escorreita, o interêsse pelo aproveitamento do aluno, tudo fazia dêle o notável professor, cujo trato ameno e suave tornava a sua pessoa ainda mais encantadora.

O seu brilhantismo só competia com o de outro mestre de direito criminal, Candido Mota, não obstante a profunda divergência doutrinária.

Ambos tiveram bem sacrificados os respectivos cursos, entregues volta e meia a substitutos, embora competentes. Candido Mota, solicitado pela política, distanciava-se da cátedra para a representação política e encargos de governo; da sua também se afastava a meúde Camargo Aranha devido a insidiosa moléstia que o fazia ir em busca de climas mais apropriados.

Já estava sigilado pela Providência a figurar no livro da vida como o professor que madrugou na cátedra e também cedo dela devia afastar-se definitivamente.

Tombou aos quarenta e seis anos de idade.

Sua memória permanecerá entre nós. Legou nome invejável à sua família, a do sangue e a do afeto dos colegas e discípulos.

Trabalhos consultados.

- ALMEIDA NOGUEIRA, *Tradições e Reminiscências*. Penteadado de Rezende está pondo em ordem cronológica, corrigindo e ampliando.
- SPENCER VAMPRÉ, *Memórias para a história da Academia de São Paulo*. S. Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1924, 2.º vol., pp. 537 e 625.
- CANTINHO FILHO, *Os bacharéis de 1904. Reminiscências*, 1934.
- EDGARD JORDÃO, *Entremos desassombradamente na arena da vida*. Rio, Tip. Jornal do Comércio, 2.ª edição, 1913.
- PELAGIO LOBO, *Festas de colação tumultuosas*. Correio Paulistano de 4 de dezembro de 1949.
- PELAGIO LOBO, *Recordações das Arcadas*. Reitoria da Universidade de São Paulo, por ordem do reitor Ernesto Leme. Coordenadas por Antonio Gontijo de Carvalho, 1953, pp. 115 a 125.
- J. M. C. DE CAMARGO ARANHA, *Preleções de direito criminal*, taquigrafadas por Augusto Moreira Soares, 1906 e 1907.
- WALDEMAR FERRERA, *A congregação da Fac. Direito de São Paulo na centuria de 1827 a 1927*. in *Revista da Fac. Dir. da Univ. São Paulo*, 1928, vol. 24, p. 106.
- J. M. C. de CAMARGO ARANHA, *Theses e dissertações apresentadas à Fac. Dir. de São Paulo para o concurso ao lugar de lente substituto da primeira secção*. São Paulo, Typ. Salesiana, 1897.
- Discurso do paraninfo prof. J. M. CAMARGO ARANHA*, in *O Estado de São Paulo*, de 27 de dezembro de 1904, p. 3.
- “*O Império*”, periódico paulistano, de 19 de março de 1899, p. 2.

92.348

Professor Dr. Frederico Vergueiro Steidel.

Philomeno Joaquim da Costa

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

Há tranqüilamente uma injustiça que não se pode atribuir a esta Academia de Direito; essa injustiça consistiria no esquecimento do culto à memória dos seus mestres, que por aqui passaram, moldando, gravando, esculpindo, formando as gerações sucessivas de juristas e homens do direito, que colaboraram mais tarde na formação, na manutenção e no engrandecimento da Nacionalidade. Aqui não se esquecem, pelo menos, os professôres do passado. E então, valha-nos inicialmente esse confôrto, ou seja a honra de sermos neste instante um dos sacerdotes dessa religião. Relembramos a figura de Frederico Vergueiro Steidel, porque 1967 vê transcórre o primeiro centenário do seu nascimento.

Certos números, como o número cem, têm sôbre os homens senão uma influência cabalística, têm sôbre êles uma influência mística. Na nossa mente passeiam entes sobrenaturais, como gnomos (espíritos que presidem a tudo quanto a Terra abrange), sílfides (gênios do ar) ou duendes (espíritos fantásticos, habitando travessamente os nossos lares). Passeiam também na nossa mente as nossas recordações; recordando, vivemos; e para vivermos recor-

*. Discurso proferido no salão nobre, aos 10 de novembro de 1967, na sessão comemorativa do centenário de nascimento de Frederico Vergueiro Steidel.

dando melhor, o simbolismo atávico dos números faz-se presente e nós cultuamos intermitente ou periódicamente o passado, quando transcorre no tempo uma das suas unidades grandes, como é o século.

E, com efeito, a 21 de fevereiro de 1867, nascia, aqui na nossa Paulicéia, Frederico Vergueiro Steidel, filho do alemão Ernesto Conrado Steidel e da paulistíssima dona Balbina Vergueiro Steidel. Steidel veio a ser catedrático de direito comercial nesta Escola, sucedendo ao orador de prol Brazílio Machado, e deixando a sua cadeira, com a sua morte, ao grande Waldemar Ferreira, de quem é sucessor o nosso querido e inteligente Sílvio Marcondes.

Quando nos volvemos, em meditação, para o passado, cuidamos quasi sempre de extrair dêle uma lição. É mais avisado, é mais cauteloso, é mais seguro quem mistura nos seus atos um pouco da vivência transcorrida. Pode ser menos impetuoso, mas é mais proveitoso. Nesta Faculdade de Direito a invocação da memória de Frederico Steidel ensina-nos o professorado, ensina-nos o civismo. Foi o seu binomio máximo. Pelagio Lôbo, nas suas *Recordações das Arcadas*, (p. 75/81), deu à sua crônica que aí dedicou ao mestre, cuja memória reverenciamos, o título justíssimo de “Frederico Steidel professor de direito e pontifice de civismo” Professor de direito, proclamara-o antes acertadamente o mestre Alcântara Machado em discurso formoso, que pronunciou, em 11 de junho de 1919, no banquete ofertado a Steidel, logo após assumir a cátedra deixada pelo pai do orador. Mestre de civismo reconheceu-o antes o professor Sampaio Doria na alocução feliz de 23 de agosto de 1927, quando nestas Arcadas se lembrou Steidel no primeiro aniversário da sua morte.

Veremos tudo isto com algum detalhe logo depois.

Tendo sido a vida de Steidel um modêlo, que logo de início não nos furtamos de insinuá-lo aos jovens e futuros estudantes desta Casa, ressaltamos de início que êle, apesar de filho de um banqueiro, como escreveu Spencer

Vampré nas suas *Memórias para a História da Academia de São Paulo* (v. II, p. 649) “aprendeu as primeiras letras no regaço materno, e fêz o curso inteiro de humanidades no Colégio Moretzsohn, que o admitiu a continuar gratuitamente, quando, por precária situação da fortuna paterna, se via obrigado a abandonar os estudos para empregar-se no comércio”. O mestre Vampré não detalhou provavelmente por polidez insopitável ao seu então colega de congregação, quando escreveu, Vampré não quis certamente entrar nos pormenores do ocorrido. Ainda outro dia, conversando com êsse mancebo, cuja idade de mais de oito décadas êle não quer a justo título que se revele, ainda outro dia, no exercício opímo da presidência do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, conversamos com Aureliano Leite, buscando-lhe, como crônica viva de nossa gente, recordações de Steidel. E Aureliano repetiu que Steidel nasceu no bem-estar que um banqueiro, seu pai, pôde dar-lhe, mas que uma sua falência lhe subtraíu; tirou do futuro mestre desta Casa não só o padrão bom de vida como a própria vida do seu progenitor, devorado voluntariamente pelo pudor de se ver mercantilmente perdido. E Aureliano acentuava que o filho, além de relembrar todos os dias a grandeza de alma do seu benfeitor Moretzsohn, como isto ficara já registado por Vampré, STEIDEL enfim cresceu, estudou, formou-se, começou a trabalhar em 1888 no escritório de advocacia do seu tio, dr. José da Silva Vergueiro, em Santos; exerceu até 1891 a promotoria pública ali, transferiu-se na época para São Paulo com o aludido escritório de advocacia e cuidou de pagar quanto pôde as dívidas paternas.

Ora, quem nunca se cansou de proclamar a benemerência do seu protetor e quem tratou de liquidar as responsabilidades do seu progenitor, dava e deu mostras de um caráter que o fêz e que o faz credor da simpatia da gente de bem. Aos olhos de uma moral comutativa, se é que nós podemos a rigôr nos expressar assim, aquêle que

procede bem é não só digno da nossa estima equilibrada como também é merecedor da sua tomada como padrão para os pósteros, como estamos precisamente a incutir nos estudantes dêste nosso antigo Convento franciscano.

Frederico Steidel conquistou o seu lugar de professor, lente como se dizia então, logo no primeiro concurso a que se submeteu e “numa das mais renhidas pugnas de que dão notícia as crônicas da nossa Academia”. São estas últimas expressões textuais empregadas pelo mesmo Aureliano Leite na primeira série dos seus *Retratos a Pena* (p. 133). Foram seus concorrentes, pela ordem de inscrição nesse concurso Francisco de Castro Júnior, Theóphilo Benedicto de Souza Carvalho, Alfredo de Vilhena Valladão, Arlindo de Carvalho Pinto, Paulo Maria de Lacerda e João Mendes. Frederico Steidel foi o terceiro a se inscrever. Souza Carvalho, após vários concursos, obteve em 1914, o título de livre-docente nesta Casa e foi promovido a catedrático em 1918, regendo a cadeira de direito internacional privado; era chamado pela estudantada de “Pagé”. Alfredo Valladão, mineiro da Campanha, veio mais tarde a ensinar direito civil e especializar-se no direito das águas no Rio de Janeiro, para onde se mudou depois do seu concurso com Steidel, levando o seu filho de tenra idade então, aqui nascido durante a sua permanência entre nós, o atual catedrático de direito internacional privado ali, Haroldo Valladão. Paulo Maria de Lacerda fez a prova escrita e chegou a fazer a prova oral relativa à então primeira parte do direito comercial; desistiu em seguida; notabilizou-se pelos seus livros assaz conhecidos sobre *A Cambial no Direito Brasileiro, Do Contrato de Abertura de Crédito, Do Contrato de conta-corrente, Do cheque no Direito Brasileiro*; dirigiu ademais a notável coleção de comentários sobre o nosso Código Civil, como se sabe, feitos por um grupo de juristas exímios, tendo êle próprio escrito a sua introdução. E José Mendes, o último dos concorrentes com Steidel, obteve a sua nomeação em 1911,

para a cátedra de direito internacional público; recebeu o epíteto de “Zé Mendão”, em soneto satírico de Moacyr Piza, aproximadamente na mesma ocasião em que isto se dava igual e injustamente com Frederico Steidel, como veremos dentro em breve. Coube-lhe dissertar primeiramente, no dia 12 de março de 1902, juntamente com Arlindo de Carvalho Pinto sobre o ponto n. 20, versando *A Entrega dos Títulos ao Portador, Feita ao Corretor a Título de Garantia, Induz Alheação, Penhor ou Simples Depósito?*. Teve que dissertar depois, no dia 19 seguinte, juntamente com Alfredo Valladão, sobre o ponto n. 15, versando *A Massa Contribuinte nas Avarias*”. Todos os seis candidatos, que terminaram as provas, foram considerados habilitados pela Congregação num primeiro escrutínio, como consta da ata de apuração final do concurso de 24 do mesmo mês de março de 1902. Em segundo escrutínio o professor Amâncio de Carvalho indicou o candidato Francisco de Castro Júnior para o primeiro lugar; o professor Ernesto Moura indicou o candidato Theophilo de Souza Carvalho para esse lugar; os professores Oliveira Coutinho, Veiga Filho, João Mendes Júnior, Gabriel de Rezende e José Aranha votaram no candidato Alfredo Valladão para o primeiro lugar; e os professores Ulpiano Pinto de Souza, Pinto Ferraz, Oliveira Escorel, Frederico Abranches, Vicente Maméde, Herculano de Freitas, Manuel Villaboim, Almeida Nogueira e Pedro Lessa sufragaram Frederico Steidel, deixando de votar o professor Brasílio Machado por não ter estado presente a uma das provas. Veiga Filho quis que se fizesse a escolha para o segundo colocado, mas afinal a sua proposição foi rejeitada e se fez somente a indicação de Steidel, proclamado o vencedor, que foi nomeado pelo Governo a 17 de maio e empossado como professor substituto a 26 imediatamente seguinte.

Só a 9 de abril de 1919 êle era promovido a catedrático, em consequência da morte de Brasílio Machado, tomando posse da cadeira a 7 de maio seguinte. Já vinha

ensinando com o afastamento dêste último, de modo que, quando os seus amigos o banquetearam, como já dissemos, em 11 de junho, Alcântara Machado, estilista de labor aprimorado, pôde afirmar na sua oração: “Educou algumas gerações no sentimento da justiça. Por maiores que sejam, com efeito, os benefícios desentranhados de vossa atividade em outras esferas, é, acima de tudo, o professor de direito que em vós saudamos agora, snr. professor Vergueiro Steidel”. E ainda no seu discurso salientou Alcântara Machado: “ninguém mais digno do que vós, snr. professor Vergueiro Steidel, de receber em nome da Faculdade as homenagens que em vossa pessoa lhe prestamos. Porque não sois apenas um desses professores que se contentam com o cumprimento exato e minucioso da tarefa quotidiana, com o preparo das lições e com a pontualidade, com a exposição do ponto e a manutenção da disciplina, e julgam que cumprem todo o seu dever quando esgotam os três quartos regimentais, reproduzindo com fidelidade o que dizem Vivante ou Savigny. Esses poderão ser excelentes funcionários, como aquele padre Salgueiro, caricaturado por Eça de Queiróz, para quem o sacerdote é um simples empregado público, que usa batina à maneira de fardeta ou uniforme e, em lugar de entrar todas as manhãs numa repartição para escrevinhar ou arquivar officios, vai rezar missas e batizar neófitos e casar namorados em outra repartição, onde, em vez de uma carteira, se levante um altar. . . Vós entendeis, e entenderia muito bem, que, longe de ser uma simples função burocrática, uma das molas de administração pública, o professorado constitui uma missão social” (p. 35 e 37 das *Alocações*).

Dissemos e voltamos a repetir que Frederico Steidel se destacou num binômio a que já fizemos alusão: foi mestre de direito que cumpriu exemplarmente suas obrigações didáticas, transmitindo à mocidade acadêmica os rudimentos da nossa ciência; êle foi também pontífice de civismo.

Como professor foi assíduo, foi severo, e ao mesmo tempo justiceiro e amigo dos estudantes e por isto gozava do maior prestígio entre os seus colegas de magistério e os alunos. Testemunhou-o expressamente Vampré, no seu livro citado de memórias acadêmicas (v. II, p. 650). Pelá-gio Lôbo confirma-o (p. 77): "... era assíduo no curso e de um integral devotamento ao ensino da sua matéria. Rigoroso consigo, nesse trabalho, tinha autoridade para exigir da classe um rigor correspondente, no estudo e na frequência. Demonstrava, a cada passo, carinho especial pelos alunos mais esforçados e atentos e punha-se à nossa disposição para explicações complementares, quer em seu escritório, quer em sua residência. O que não animava os alunos a uma aproximação mais completa com Steidel era o seu feitio um tanto recolhido, arredio, de aspeto de difícil conquista. Magro, alto, meio corcovado, nariz adunco, ar de poucas expansões, dava-nos a impressão de homem taciturno e melancólico. Na Academia encontrámos, quando ali chegávamos (foi em 1906) o apelido, que lhe haviam posto, anos antes, com maldade e irreverência de "corvo triste".

Mas não era na verdade tão melancólico, como aparentava. Aureliano Leite escreveu: "Precisava-se conhecer Vergueiro Steidel na intimidade de seu lar paterno, porque nunca se casou, para se ver comq mal se lhe ajustava o apelido que na Academia seus alunos lhe botaram e Moacir Piza vulgarizou, com o "Vespeira": côrvo triste. No meio de uma criançada, em noite de natal ou dos santos de junho, o lente de direito comercial, ou disfarçado no hábito e nas barbas de S. Nicolau ou de cara limpa, não continha risadas de um menino folgazão, nem saracoteios do mais alegre dos gavroches" (p. 131/2). Gostava de assistir aos cômicos da época; os palhaços Chicharrão e Piolim e os atores Arruda e o veterano ainda de nossos dias Procópio Ferreira faziam-no rir à bandeira despregada.

Entendemos que a personalidade de Steidel tinha uma característica que não é virtude de nós brasileiros; de ascendência paterna germânica, devia ter um senso de dever bem forte, de modo que no cumprimento das suas obrigações preferisse não mostrar seus dentes com sorrisos e ser então austero. E a estudantada não perde nunca tempo em encontrar um qualificativo para mestre, quando êste é então um pouco mais rigoroso do que os demais.

É exatamente por isto que foi injustiçado pela mordacidade ponteaguda de um dos poetas-poetas mais destacados que passaram pelas nossas Arcadas. Era poeta de verdade. Foi Moacir de Toledo Piza, que a princípio se aninhava sob o pseudônimo de Antonio Paes, prematura e trágicamente desaparecido em virtude de um amôr não correspondido. Nas suas *Sátiras* (Primeiro Volume e único, p. 65) encontramos êste soneto:

“O Côrvo Triste

Curvo como um páu d’arco, torvo e sério;
Côr indecisa de cambiante suja;
Cara côm semelhança de coruja,
Ou de alguém que fugiu de um cemitério.

Nariz de gancho; boca que babuja,
Com o mais solene entono, um despautério;
A mais completa ausencia de critério
Nas vãs teorias com que a gente intruja.

Carrancas, injustiças, despotismo;
E, a cada arranco de loqüacidade,
Um pronome encrencado, ou um solecismo:

Eis, em resumo, tudo o em que consiste
A figura, o talento, a austeridade
E a ciência fatal do “corvo triste”.”

Nós devemos analisar êsses conceitos rimados do vate Moacyr Piza vacinados pela distância dos anos e exumar dêles o éco da realidade das coisas. Foi sem dúvida uma grande injustiça cometida contra Frederico Steidel. Se foi rigoroso — o que não é absolutamente um defeito — era contudo justo, frio e objetivo, incentivando portanto a mocidade a se dedicar *também* aos estudos. De resto constitui uma das obrigações dos professôres desta Casa do Direito suportar estôicamente, indiferentemente, sorridentemente as críticas dos seus alunos. São os ossos do ofício. A mocidade das nossas “gerais” possui o dom quase divino do golpe de vista, como expressão suavizadora do dom do ferrete ou do epíteto. Embora distantes não por culpa dêles, são vivos; ainda que despreocupados, são observadores. Ágeis como os corcéis, rápidos porque são jovens, colocam os mestres daqui nas pontas das tenazes do oito ou do oitenta, embora, imaginemos nós, que a verdade se decante por volta dos quarenta e quatro... mas de bico-fino. Como todo o juízo de valôr, embora feito por moços ou por isto mesmo, há às vêzes uma relatividade nas afirmações. No fundo existe um pouco de pândega sadia, existe na realidade o início da prática da mais bela virtude, que é apanágio da profissão do advogado: briga-se sincera e honestamente na defesa do seu ponto de vista e cessada a luta, retornamos à mais cordial, viva e intensa confraternização e amizade. Os outros não compreendem que isto se passa, que isto se desenrola, que isto acontece quôtidianamente. Êles injuriam-nos realmente quando supõem que nos alimentamos de barganhas. .

Mas, como dizíamos, o juízo de Moacyr Piza foi de fato injusto na denegação das virtudes científicas e didáticas do mestre. Confessou-o leal e elegantemente. Na nota n. 8, no final do seu livro mencionado, à p. 83, escreveu: “O retrato — O Corvo Triste — foi feito numa ocasião em que o autor não podia ser absolutamente justo. A chapa, devido a esse fato, não reproduziu com fidelidade

a figura da pessoa fotografada. Hoje reconhece o autor (1916) que o dr. Steidel é um dos lentes mais corretos da Academia, e que agiu com inegável justiça quando o reprovou em direito comercial. A sátira foi o produto de uma indignação justificável, talvez no momento, mas absurda depois de alguma reflexão. Vai esta confissão como homenagem ao grande caráter do conspicuo professor”.

Foi pena que Frederico Steidel não tivesse publicado obras jurídicas. A sua dissertação de concurso cuidou *Da responsabilidade dos proprietários de navios* e está reproduzida na *Revista da Faculdade de Direito*, v. X (1902) das páginas 79 a 136 e continuada no volume seguinte, p. 321 a 341. Assinalou acertadamente de início: “Nenhum dos institutos de direito mercantil marítimo excede em importância e extensão ao da responsabilidade dos proprietários de navio; nenhum outro é mais interessante, e poucos serão tão difíceis e complexos”.

Nem todos estão familiarizados com essa questão jurídica. Cada pessoa responde pelas conseqüências dos atos que praticar. O transportador marítimo, nessa ordem de idéias, deve responder pelos danos ocorridos com as mercadorias que carrega ou por aquêles sofridos pelos passageiros que leva. Acontece que êsse empresário exerce a sua profissão num meio hostil, num ambiente mais arriscado, qual seja o mar. Se êle fôsse submetido ao rigor do princípio da responsabilidade integral, a navegação seria um negócio senão prejudicial pelo menos arriscado excessivamente. É aí que se localiza a gestação do princípio da limitação da responsabilidade civil. O patrimônio de uma pessoa pôde ser dividido em terrestre e em marítimo. Relativamente a êste admitiu-se a regra de que êle, perdendo tudo quanto applicara na expedição marítima, não devia ser responsabilizado além do que perdeu. Surgiu um dos vários sentidos da expressão técnica, a fortuna do mar. E surgiu por exemplo o instituto do abandono libe-

ratório; o explorador marítimo larga, em certas circunstâncias, o navio aos seus credores, eximindo-se das suas obrigações. Paralelamente se desenvolvia outro instituto marítimo, o seguro, que vivificou sob certo prisma como válvula de escape dos inconvenientes contraditórios entre o grande risco do transportador, e aquê do remente da mercadoria ou até mesmo do passageiro; o seguro começou a aplinar os riscos e as responsabilidades. Nem tudo se resolve todavia em termos de abandono do navio aos credores do seu dono ou da indenização assecuratória plena. São soluções de extremos. Os interesses públicos da navegação sempre atuaram no sentido do seu desenvolvimento, de modo que despontaram no campo do Direito soluções intermediárias relativamente a estragos parciais. Reconheceu-se que nesta faixa o empresário marítimo não devia suportar riscos maiores do que um outro empresário terrestre qualquer. Apareceu o sistema tarifário de indenização, ou melhor, para concluirmos esta explicação introdutória, vários sistemas de indenização apareceram. A matéria é de fato complexa e podemos compreender isto se cogitarmos que outras nuances existem aí; a título exemplificativo lembramos as conseqüências para o explorador marítimo dos atos ilícitos praticados por membros da tripulação da embarcação; denomina-se barataria “o desvio do capitão no cumprimento dos deveres de fiel depositário da carga e do navio” (p. 80).

Frederico Steidel estudou primeiramente a teoria geral da responsabilidade do dono da expedição marítima; a expressão proprietário quer dizer quasi sempre armador, isto é, o explorador comercial efetivo do navio, pois que não nos devemos esquecer da hipótese corriqueira da sua locação e o transporte ser feito pelo locatário. E Steidel estudou num segundo capítulo as limitações de que é passível essa responsabilidade.

A doutrina fervia acentuadamente na ocasião face à pluralidade de correntes ou sistemas vigentes em países

diversos. Analisou-as proficientemente e concluiu: “O proprietário, confiando às incertezas e insídias do mar o valor — navio —, que é o instrumento com que espera auferir vantagens e lucros econômicos, confere-o como penhor das responsabilidades civis, que possam correr a seu cargo; aqueles que contratam com o capitão sabem que para execução da convenção podem contar com o navio; os terceiros que do navio sofreram prejuízos, não ignoravam que pelo navio serão indenizados, e que devem contentar-se com o seu valor; isto é, com aquilo que o proprietário realmente arrisca. Diante da necessidade de fixar-se mais um limite, para que esta restrição não traga consigo conseqüências imorais, Pipia aplica-as somente às relações jurídicas, que aparecem depois de iniciada a viagem. Com esta teoria, pretende êle ter encontrado a definitiva solução do árduo problema, resolvendo a opposição entre a necessidade de repudiar o imoral e absurdo sistema do abandono e a de estabelecer um limite para a responsabilidade pessoal; concilia-se o interêsse dos proprietários com o dos carregadores; prepara-se um terreno neutro, para o nobre ideal de uma lei internacional, no qual se poderão encontrar e viver a Inglaterra, com o seu radicado sistema de limitação da responsabilidade, e os outros países, que adotam o sistema chamado continental”. E então Steidel encerra a sua monografia com a transcrição de um tópico confirmativo de Umberto Pipia constante do seu *Trattato di Diritto Maritimo*.

Merece destaque a profecia de Steidel auspiciando o aparecimento de uma lei internacional conciliatória, que já vinha sendo tentada obstinadamente pela Associação de Direito Internacional e pela Comissão Marítima Internacional em Liverpool em 1882, em Hamburgo em 1885, em Antuerpia em 1885, em Londres em 1887, em Bruxelas em 1888 e 1909, em Háia em 1921 e por fim em Bruxelas em 25 de agosto de 1924. Aí se conseguiram convenções que acertaram muitos pontos sobre a matéria. Nas suas linhas

gerais podemos reconhecer que, em 1924, em Bruxelas, se adotou uma solução mista em que de um lado foram consagradas as mesmas conclusões de Steidel.

O seu trabalho revela uma intimidade com a doutrina alemã, inglêsa, italiana, francesa, argentina e a nossa naturalmente. Em 80 páginas de texto encontramos 128 rodapés testemunhando as fontes das suas referências. É escrito em linguagem correntia, singela e agradável. E o tema tem a particularidade de ser perene. Não faz muito, tomávamos conhecimento de um substancioso artigo de homenagem à memória do grande comercialista Alfredo Rocco, feito pelo chefe italiano de escola Eugenio Spasiano, cuidando de *La Limitazione di Responsabilità dell'Armatore* e inserto na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1962, p. 1364). Como elemento nôvo, êsse professor de Nápoles defende, há algum tempo, o ponto de vista de que a limitação da responsabilidade civil do armador ainda se manteria, para não sobrecarregar a navegação de um país em relação a outro; o seguro marítimo permitiria que essa responsabilidade não fôsse mais limitada; o prêmio do seguro encareceria o frete; como não há uma disposição genérica de aumentá-lo, cada país vai suportando a limitação; e essa limitação tem sido possível de certo modo porque os carregadores ou remetentes têm preferido pagar fretes menores do que pagá-los maiores com a garantia do seguro na hipótese de sinistro.

Esta matéria é relativamente nova, mas o belo trabalho de Spasiano lembra-nos um nôvo escrito que Steidel fizesse a respeito do mesmo tema nos dias que correm; lembra-nos porque o encadeamento dos argumentos é repetição, com vestes novas, do que o mestre desta Escola fêz para ingressar de nôvo neste antigo convento franciscano.

Dissemos que foi pena que êle não tivesse escrito obras jurídicas. Foi pena mesmo porque o seu estilo e a sua proficiência garantiam antecipadamente a qualidade da

produção. Haja vista os seus ligeiros comentários sob o título *História do Direito na Revista da Faculdade de Direito*, v. XII (1904) p. 283-91. Sabemos que o grosso do direito comercial surgiu do regime interesseiro das corporações italianas na Idade Média, a partir principalmente do Século XII em diante; elas tinham os seus estatutos, cuja divulgação se generalizou para efeitos de estudos históricos no decorrer do último quartel do século passado. Face às divulgações mais recentes Steidel analisa algumas curiosidades. E é então pelo modo por que analisa que o leitor apura a sua segurança com pormenores; o seu conhecimento leva ao convencimento de que êle conhecia realmente a sua disciplina a fundo. Escrevendo com singeleza, foi conseguintemente pena que não tivesse deixado mais trabalhos de doutrina.

O ponto culminante da projeção justificada de Frederico Steidel foi o seu pontificado de civismo. Fundou e dirigiu a Liga Nacionalista. Escreveu a respeito WALDEMAR FERREIRA na biografia n. 77 do seu trabalho precioso sobre *A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centuria de 1827 a 1927 na Revista da Faculdade de Direito* v. XXIV (1928), p. 125: “Professor assíduo e severo, justiceiro e bom, gozou de um alto prestígio, a que emprestou maior relevância o seu cargo de presidente da Liga Nacionalista de São Paulo, na qual, por muitos anos, dirigiu as mais impressionantes campanhas nacionais destes últimos tempos”.

Os moços, que alegrem presentemente as nossas velhas arcadas, não sabem presumidamente que, em 1915, em plena Primeira Guerra Mundial, a palavra mágica do nosso grande poeta Olavo Bilac desencadeou em todo o nosso Brasil um movimento cívico de que se destacava a pregação do serviço militar. Empolgou a todos o seu grito de patriotismo acendrado. É da história honrosa desta nossa Faculdade de Direito o ponto de partida dado aqui com a conferência que Bilac fez em 9 de outubro de 1915:

“Moços de São Paulo, estudantes de Direito, sede também os estudantes e os pioneiros do ideal brasileiro! Uni-vos a todos os moços e estudantes de todo o Brasil: num exército admirável, sereis os escoteiros da nossa fé!” E no fim da sua conferência *Em marcha!*, reproduzida nas suas *Últimas Conferências e Discursos* (p. 116/22), o príncipe então dos nossos poetas confessava: “Perto de vós, entre vós, o começo da minha velhice, tocado da graça milagrosa da vossa mocidade, tem gomos verdes, feiticeiros rebentos de resurreição”. Terminava essa verdadeira semente da sua clarinada com expressões, que passaram a ser o mote reboante dessa maravilhosa campanha cívica em todos os rincões da nossa terra: “Escuta e acolhe a revolta e a esperança do meu outono, ó primavera da minha terra! Em marcha vitoriosa, ó meus irmãos, para o Ideal!”

A semente medrou. A rapaziada acadêmica sensibilizou-se e congregou-se em busca de um guia doméstico. Vampré registou nas suas *Memórias* (v. II, p. 711): “Julio de Mesquita Filho, Abelardo Vergueiro Cesar, Francisco Mesquita, Francisco de Barros Penteadado Filho, Thomaz Lessa, Sarti Prado, David Ribeiro, Antonio Pereira Lima, Waldomiro Vergueiro, Manuel do Carmo e outros, promoveram então, a fundação d’A Liga Nacionalista, o que conseguiram a 27 de julho de 1917...” Na verdade a Liga se instalou no Instituto Histórico um dia antes. Como nos contou Julio de Mesquita Filho, entre Reynaldo Porchat e Frederico Steidel, foi este o preferido. Falou na solenidade o então bacharelando Antonio Pereira Lima, vivendo a sua viuvez sempre verbosa no seio dos amigos que tanto o querem bem no Automóvel Clube e falou também o dr. Plinio Barreto, corrigimos, falou também, o grande cidadão, advogado, cronista forense Plinio Barreto. Falou por fim Frederico Steidel: “Haverá aspiração mais elevada do que combater o analfabetismo, que é a cegueira dos povos? Haverá campanha mais generosa

do que essa de despertar o culto do patriotismo, sob todas as suas formas externas até o seu expoente máximo do serviço militar, que é a lei, e do respeito ao superior, baseada uma e outra no amor da Pátria? Haverá obra mais útil neste momento da nossa história política do que combater a abstenção eleitoral e conseguir a verdade do voto?"

O ambiente político da época era o de uma oligarquia, representada pela soma algébrica da "vontade tirânica de chefetes locais", para empregarmos expressões usadas pelo próprio mestre Steidel no início do seu apostolado autêntico. A representação popular era uma farsa integral. Relembramo-nos neste instante da nossa ingenuidade, já acadêmico aqui, quando, bons anos depois, nos prestamos a servir como fiscal da oposição nas eleições no Cambucí. Uns trapaceiros, a que se dava também o nome cambiante de cabos eleitorais, arrumavam as cédulas dos pretensos "votos" na urna, em pilhas perfeitas, e instalavam a recepção dos votos autênticos com um número já grande de assinaturas falsificadas. Era microscopicamente o Partido Republicano Paulista, cujo símbolo era, por ironia, um jequitibá. Dizemos: por ironia, porque quando o movimento revolucionário de 1930 enxotou os patuscos das posições usurpadas, eles se esfarinharam na maior maratona política conhecida, cujo ponto convergente de chegada era as costas ou os fundos dos palácios governamentais, fantasiados então de revolucionários históricos. As eleições eram uma pantomima.

Fazemos êste registo histórico menos pelo desprazer que isto significa. Acontece, no entanto, que ouvimos não raro murmúrio de sebastianistas, ciciando que antigamente os nossos homens políticos eram sérios, eram honrados.

Devemos todavia, a bem da realidade, afirmar que, apesar do processo de escamoteação política, acontecia que também se indicavam pessoas de bem. A regra geral

era a da mediocridade, do servilismo, da honradez duvidosa.

Se não vivemos presentemente num regime político ideal, bem ao contrário, não devemos porem perder o senso da exatidão. Temos quarteladas intermitentemente, algumas até admissíveis. O processo político assemelha-se às vêzes ao patológico. A medicina não abre mão da cirurgia como remedio extremo contra certos males. As nossas doenças, que estão a demandar uma pregação nova de outro Bilac, já são outras. Não estamos tão atrasados num estágio em que nem eleições honestas não existam entre nós, sem o voto secreto e obrigatório, revezando-se tranqüilamente no Poder os oligarcas. Pulamos dêstes para os demagogos...

E perguntamos: Por quê?

Pela omissão dos escóis sociais. Isto dá maior expressão ao culto à memória de Frederico Steidel. Não foi um acomodado. Não se refestelou nos encostos amaciados dos altos postos que alcançara por valor próprio, isto é, a cátedra e a banca de advogado. Aceitou de bom grado o apêlo da mocidade acadêmica, assumindo a presidência da Liga Nacionalista. Foi como um novo rochêdo de Sisifo. Conta a mitologia que êsse filho de Eolo, deus dos ventos, e fundador de Corinto ou Épiro, temido pelas suas crueldades e rapinas, foi condenado depois de morrer, a rolar nos infernos uma pedra enorme até o alto de uma montanha, donde ela tornava a cair imediatamente; é o símbolo de um trabalho extenuante que renasce incessantemente. Foi o trabalho de Steidel e da Liga Nacionalista sob a sua constante e eficiente direção. Como nos dizia há dias êste outro mancêbo de quasi apenas oitenta anos, o tribuno fulgurante que é Ibrahim Nobre, passou-se a pregar, com Steidel à frente da Liga, não êsse nacionalismo eleiçãoeiro dos nossos dias mas sim, se esparramou pelas planícies agrestes dos nossos chãos ou repercutiu nas escarpadas dos nossos alcantilados serranos, o culto sincero da

Pátria. O amôr do Brasil religiosamente sôbre tôdas as coisas!

Escreveu Pelagio Lôbo: “A Liga Nacionalista mereceu de Steidel tôdas as atenções e todos os carinhos; era a sua filha dileta, pela qual seria, mesmo, capaz de esquecer e abandonar a cátedra. Foi ela que preparou a caixa de ressonância para o maior éco da campanha nacionalista de Olavo Bilac. Sem a Liga, não teriam maior repercussão as vibrantes conclamações do poeta da “Sarça Ardente”: o clamor do vate e patriota foi um grito das almenaras, para despertar os vigias desatentos ou adormecidos — mas despertaria pouca gente, e muito tarde, se a organização de Steidel não propagasse, como propagou, aquele grito pelas quebradas do país afóra” (p. 79).

Esta Casa, se com ela não tivermos atualmente cuidados maiores, entrará para a categoria da nobreza de Veneza depois da descoberta, pelos lusitanos heróicos, do caminho das Indias. Dêem-nos um crédito de tolerância pelo arrôjo talvez da hipótese. Viemos para aqui já maduro. Entendíamos que devíamos realizar um ideal. Na Política a nossa geração foi sacrificada. A advocacia seduziu-nos, mas nos mantinha distante da efetivação de um trabalho mais próximo em prol da Pátria. Acostumados a estudar mais por vício do que por virtude, a deusa Faculdade gotejava dia e noite, com constância na nossa mente, sedutora como uma mulher formosa. Acostumados a amar o Brasil, como um catecismo em nós instilado embriagadoramente pelo militarismo paterno, aceitamos o casamento. Viemos trabalhar e trabalhar mesmo para a nossa “velha e sempre nova Academia”. Esta declaração despropositada quiçá de amôr vale tão sòmente para traduzir que as nossas palavras a seguir representam no pior dos casos uma zanga de amôr: agarra, prende, ata, liga, segura, junta ainda mais.

Afirmamos que a nossa Casa de Ensino precisa de cuidados maiores. Quiséramos insinuar que ela não pode

mais viver do bafejo dos frutos da sua tradição. Impresionamos-nos, não faz nem vários anos, quando, lendo a *Revue Historique de Droit*, deparámos com uma apreciação bibliográfica ali, muito bem feita pelo professor Yves Renouard a propósito do americano James Cushman Davis sobre “The Decline of the Venetian Nobility as a Ruling Class” (1964/309). Os aristocratas vênnetos, em que pelo dinheiro sempre se transformam os mercadores, não se deram conta de que a fuga do comércio marítimo pelo Cabo da Boa Esperança lhes tirou a base em que se apoiava a sua riqueza, o seu luxo e o seu poder. Não tiveram o senso, ou não puderam evitar o seu declínio como a classe dirigente, como o título da obra analisada indica. O fenómeno marcante nesse declínio é a crise de homens de visão, é o entorpecimento provocado pelo culto residual do passado. Os filhos de gente rica, que perdeu a sua fortuna, só relembram o fastígio do bem-estar desaparecido.

Como então esta nossa querida Faculdade de Direito teria à sua frente, como um novo caminho das Índias, uma perspectiva de decadência?

A explosão magnífica demográfica proliferou novas escolas jurídicas; existem faculdades demais, em que não raro o professorado é mal escolhido. Institucionalizou-se entre nós uma guerra surda contra os concursos para catedrático. Qualquer promotor público se julga apto a lecionar direito penal ou qualquer deputado estadual entende ser um constitucionalista ou um administrativista. Só se procura ressaltar defeito que possua o sistema tradicional de concursos que se mantém aqui; omitem-se voluntariamente as suas virtudes. As levas assim de bacharéis, suas fornadas mal cozidas, acabarão galgando postos lá fora, incrementando a oposição a nós.

Urge então lançar uma contra-ofensiva em direcção a este estado de coisas. Ela não se alimentará com as reminiscências do passado. Ela não se manterá apenas

com a continuação do sistema de concursos. Ela deverá atuar com o contra-ataque ao desmantelamento persistente da cátedra. E ela, a contra-ofensiva, vencerá principalmente com a atuação desta Academia no campo de civismo, no campo da produção intelectual, no campo de um maior entrosamento entre mestres e alunos. Encolhida, constituirá, perdoem-nos, a aristocracia vêneta posteriormente à aventura de Vasco da Gama em direção às Índias.

Há uma injustiça que não se pode atribuir a esta Faculdade. É o culto à memória dos seus professôres no passado. Reunimo-nos para reverenciarmos um mestre de direito e pontífice de civismo. Entristece-nos porém confessar que Frederico Vergueiro Steidel não teve seguidores. Acabou-se perdendo nos anos o movimento que um gesto infeliz do Presidente Bernardes tentou de início interromper. Este dissolveu a Liga Nacionalista como “nociva à ordem pública”. Como fenix renascida das próprias cinzas, surgiram partidos políticos que procuraram dentro da legalidade cristalizar os ideais da extinta liga. Foi necessário um movimento armado para derrubar os ocupantes vitalícios das posições de mando político. Esses partidos desaguaram em muitos rios, perdendo a sua genealogia; e a fonte que foi esta Academia, e o riacho que foi a Liga Nacionalista secaram. E então, como disse Alcantara Machado a propósito de Steidel, no discurso de saudação mencionado, de 11 de junho de 1919, urge reatar “o fio das tradições acadêmicas, reintegrando a Faculdade na plenitude da sua missão nacional” (p. 40). Ela, então, não terá que temer quantos caminhos das Índias surjam para tentarem diversificar a sua posição de celeiro nacional de juristas, de fôrno caloroso de estadistas e de fábrica perene de patriotas.

Cultuando a memória de Frederico Vergueiro Steidel é indispensável provocar a arregimentação dessa energia, que todos os anos se perde, do creme da nossa esperançosa mocidade. O mesmo jovem eterno que é Ibrahim Nobre

dizia-nos que na treva, que sôbre nós se abateu, não se enxerga na noite senão uma luz vermelha; nem mesmo nela existe um pisca-pisca amarelo. Quem sabe, sob os manes de Steidel, seja possível aqui o nascedouro de um novo nacionalismo. Não é aquêlê contemplativo de confessar que o nosso céu tem mais estrelas e que a nossa terra tem mais amôres. Deveria ser um nacionalismo que pugne exemplificativamente por uma quilometragem maior de estradas pavimentadas, riscando o solo pátrio, em cima das quais trafeguem automóveis nacionais cada vez mais numerosos e consumindo gasolina extraída da Bahia, de Sergipe, do Espirito Santo ou de qualquer outro rincão que seja brasileiro.

Steidel morreu em 23 de agosto de 1926. Tinha portanto sòmente 59 anos de idade. Permaneceu solteiro, tendo vivido no imenso casarão na Rua Sebastião Pereira, junto ao Largo de Santa Cecilia. Aí foi filho extremoso para com a sua mãe querida, a dona Balbina, tia de Cesar Vergueiro, que teve grande projeção política no Estado. Depois continuou como irmão carinhoso para com as suas irmãs Angelina e Mary, que também não se casaram. Não se casaram outros dois seus irmãos José e Mário. Casou-se apenas Victor, que teve uma litografia, deixando uma filha Marina, que morreu por ocasião do primeiro parto. Perdeu-se a estirpe. Steidel teve um amôr duradouro, que se localiza geogrâficamente na Rua Apa. Pelo respeito aos seus, nunca amanheceu fóra.

No transcurso do primeiro ano do seu falecimento os seus amigos e admiradores ofereciam a esta Academia o busto que também engalana entre outros êste salão nobre. Julio de Mesquita Filho, o príncipe dos nossos jornalistas atuais, disse acertadamente na sua oração: “Frederico Steidel foi uma dessas criaturas de elite: fazia discipulos. A fé que professava na perfectibilidade humana tinha o poder irradiador das idéias-forças, comunicava-se a todos que dêle se acercavam. Essa fascinação do seu espirito

não poderia, a transpôr o âmbito estreito destes muros, para irradiar-se livremente desse reduto de civismo, que se chamou a Liga Nacionalista e do qual êle sempre foi o cérebro e o coração” (*Revista da Faculdade de Direito*, v. XXV (1929), p. 397). Antonio de Sampaio Doria, o mestre constitucionalista, que sucedeu a Herculano de Freitas, disse: “Frederico Vergueiro Steidel foi para nós, que o acompanhamos, um símbolo magnífico. O direito e a pátria lhe eram interdependentes. Não compreendia govêrno do povo pelo povo, sem liberdade popular de escolha. Assim pensava e assim procedia, completando lá fóra, com pregar a só legitimidade do poder no consentimento dos governados, as lições jurídicas, que aqui professava” (*Revista*, citada, p. 401).

Depois que Pedro Lessa foi para o Supremo Tribunal Federal, Steidel passou a amparar os alunos pobres. Auxiliado quando menino, passou a auxiliar quando adulto. Quem sabe se o túmulo de Júlio Franck, num dos pátios internos desta nossa querida Faculdade, não seja o símbolo da bondade dos mais aos menos aquinhoados. Steidel não teria estado muito distante dêsse túmulo. É o que parece.

Oxalá que o exemplo de Frederico Steidel possa repetir-se e reintegrarmos êste antigo convento franciscano, que a todos nós seduz, na sua missão nacional. Pelejemos pela moralização do ensino jurídico; batalhemos pela implantação da honestidade em amplos setôres da administração pública; trabalhemos pela moralização dos nossos políticos. É um oceano de atividades. “Se parva licet componere magnis”, terminamos a nossa homenagem intensa, cordial, religiosa, autêntica, taumaturga, lembrando o que Dante disse de Virgilio: “tu duca, tu maestro”.

92.34(84)

Professor Dr. Manoel Pedro Villaboim*.

Fernando Henrique Mendes de Almeida

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

I.

Exórdio.

1. Homenagem a um vulto, cujo centenário de nascimento se quer recordar, exige, no mínimo, que o pesquisador ande pela biografia. Ora, biógrafos como INOCÊNCIO FRANCISCO DA SILVA e SACRAMENTO BLAKE, — para falar dos maiores, — não são tão exatos quanto se espera. Aí começa a dificuldade. Entretanto, visto o carinho que à figura a ser restaurada dedicamos, aceitando a empresa de marcar esta efeméride com a maior simplicidade, temos que inevitavelmente pedir ao auditório escusas, se a tarefa não der contento. Pedímo-las, em nome da ternura que, nesta Casa, todos nós devotamos ao homenageado.

A oração não valerá pelo ornato. Nem, pela elegância, que esta era bem do homenageado. Denotará, contudo, sofreguidão ante a fidelidade para recompor, por palavras, a figura de um mestre. Se assim não fôr entendida, possam os ouvintes, então, dizer que se produziu uma memória, mais de — coração que de — memória.

*. Discurso proferido no salão nobre, aos 27 de setembro de 1967, na sessão comemorativa do centenário de Manoel Pedro Villaboim.

II.

Roteiro.

2. Proponha-se um caminho. Primeiro, buscar-se-á pintar o ambiente em que o espírito do homem se plasmou: depois, cuidar-se-á de sua ascensão, fastígio e prêmio de descanso eterno. Pois, como está a proposta, entremos por ela adentro.

III.

Meio ambiente de formação.

3. Estamos ainda no fim do Segundo Império. Na Côrte, modas e costumes se regem pela França. Há um contraste entre a natureza e elas, como se assinala, à leitura de folhetins de FRANÇA JÚNIOR, de crônicas de JOAQUIM MANUEL DE MACEDO, e na história colhida por VIEIRA FAZENDA e LUIS EDMUNDO. Do Norte a Sul, o traje, o livro e o móvel, se não vêm da França, imitam esta sedutora região. E também com o pensamento. Assim é, entre homens e mulheres, salvo se se apontam na ralé.

4. Modistas da rua do Ouvidor, na Côrte, são francesas. Assim, os joalheiros. Em São Paulo, por igual, o são. Quebra a monotonia dessa imitação um ou outro instante da vida brasileira. Aos homens, vem do que a rua lhes dá: a modinha, de que já falava BECKFORD, nos seus *Sketches of Portuguese Life*, e ainda, adiante, a vida à solta nos cafés-cantantes; às mulheres, vem com os descendentes do elemento servil. Negras, feitas criadas de escada acima, crescem com as sinhás-moças dos sobrados imperiais. Transmitem, pela voz, pela doçura e pelo andar meneante, que lhes nasce com a música, alguns sinais de

vitalidade diversa da européia. Ainda que, como vinha numa cantiga de então:

“Batuque, na cozinha, sinhá não “qué”.

5. É a época em que moços e velhos vestem sobrecasaca, e, usando plastron e colete de seda, têm chapéus altos na cabeça e bengalas encastoadas. Os lenços embebidos em alfazema estão em dia. Assim é São Paulo de então. Assim também é o Recife, de que MÁRIO SETTE e GILBERTO FREYRE traçam evocações, que um poema de MANUEL BANDEIRA veio a tornar imortais pela beleza descritiva.

6. De 1828 a 1854, o Mosteiro de São Bento de Olinda é a sede da Faculdade de Pernambuco. De 1854 para a frente, essa casa de ensino vai para o Recife. É para ali, que em 1882, vai o jovem MANUEL PEDRO, filho do Conselheiro VILLABOIM, antigo juiz no Tribunal na Relação da Bahia. Vai, para matricular-se no curso jurídico. Sai bacharel formado em 1885.

7 De como decorreu seu curso de humanidades, há elementos para afirmar que com brilho. Depreende-se que foi precoce ante o que observa BEVILAQUA, na página 280, da *História da Faculdade de Direito do Recife*: “Por não ter a idade legal para matricular-se. obteve permissão especial do Governo para ser admitido”.

8. Ali, às margens do Capibaribe, está, pois, o estudante de Direito. Guardam elas os ecos dos que per ali passaram, como acadêmicos, ou como mestres: TOBIAS BARRETO, ROMERO, CASTRO ALVES, PAULA BAPTISTA...

IV

Filiação.

9. Nascido no município de Cachoeira, da então província da Bahía, o moço que se nos apresenta veio à luz

no dia 16 de junho de 1867, filho do Conselheiro MANUEL PEDRO ALVARES MOREIRA VILLABOIM e sua legítima mulher Sra. UMBELINA DE OLIVEIRA PASSOS VILLABOIM. Não há na obra *Antroponímia Portuguesa*, de LEITE DE VASCONCELLOS, indicação da origem do apelido VILLABOIM. Acusa êle um primitivo topônimo ligado ao local *Aboim*. Mas, não nos interessa apontar aqui o aspeto heráldico — genealógico do homenageado, já que, como ensina o poeta — soldado, a propósito de brasões:

“Mais vale merecê-los e não os ter do que tê-los e não os merecer”.

V.

Comêço de vida profissional.

10. VILLABOIM não contava ainda 18 anos de idade, quando recebeu o grau de bacharel em Direito. Foi, em seguida, nomeado para o Ministério Público, servindo como promotor em Vitória do Espírito Santo, de 1886 a 1889. Seduzido pela experiência da judicatura, nesta ingressa, pois, adiante é juiz municipal no Cachoeiro do Itapemirim e juiz de direito em Itabapoã. Sua permanência entre capichabas não vai, contudo, além de 1890. É o que se colhe de, já em 1891, estar com banca de advogado na cidade de São Paulo, onde, começando como voluntário do ensino, ingressa na Congregação desta Faculdade.

11. Sua nomeação originária o destinou a lente substituto de “Teoria e prática do processo”, como vem no Decreto Federal de 2 de maio de 1891. O nomeado foi investido e empossado na mesma data em que lhe foi conferido o grau de doutor. A nomeação se embasara, entretanto, em permissão legal então consagrada: independentemente de concurso. Ora, tal situação não agrada ao nomeado. É o que se percebe pela circunstância de, no

mês de outubro de 1892, ter-se inscrito para concurso e, prestadas as provas, ter sido unânimemente aprovado e indicado ao Governo para prover a cadeira de Direito Administrativo, 1.^a da chamada “1.^a série de Ciências Sociais”. A nomeação veio no decreto federal de 23 de dezembro de 1892. O provimento estava ligado à vacância, pela morte de JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, ocorrida a 4 de agosto de 1891.

12. Em 1896, surge nova reforma no ensino. Em virtude dela, adita-se ao Direito Administrativo o ensino da Ciência da Administração. VILLABOIM é incumbido de reger cumulativamente esta. Para isto é nomeado pelo decreto federal de 7 de fevereiro daquele ano.

VI.

Lição de humildade.

13. Nossa análise nos leva a crer que VILLABOIM deu magnífica lição de humildade em 1892. Sua ascensão à cátedra ocorreu em virtude de concurso de provas que eram legalmente dispensáveis e foram legalmente dispensadas para outros mestres. Dir-se-á que a teimosia se revelou nela porque escudada em dados concretos que lhe asseguravam vitória, como, por exemplo, a de andar em fama de “persona grata” dos republicanos. Ao comento atribuir-se-ia engenho, se não fôsse possível opor-lhe ponderação que o fulmina. Concursos, nesta casa, não são aventuras. Atestam-no, no passado, os raros casos em que os candidatos puderam dizer, depois dos ordálios: “*Cheguei, vi e venci*”.

Ademais, a tese de VILLABOIM, constante do 1.^o volume de nossa *Revista*, era uma novidade, bem posta. Versava sobre o contencioso administrativo que, tendo existido entre nós até 1890, a Constituição Federal abolira, sem

que ninguém o notasse, como com os sucessos posteriores vieram a demonstrar. De onde a procedência da observação de SPENCER VAMPRE, nas *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, publicadas em 1924: — “assunto de que ninguém tratara antes, nem ninguém tratou melhor depois”.

14. Que VILLABOIM fôra entusiasta da República antes de ser proclamada e depois de ela ter sido, ninguém ignora. Inexato é, contudo, que isto lhe haja dado franquias. Muitos dos seus adoradores passaram por nossos concursos e não lograram êxito.

15. O estudante VILLABOIM teria sido entusiasta da República, ou aderiu a ela, depois de sua proclamação? Se o foi ainda acadêmico, é dado que de nada importa. Qual o estudante que não morre por sua opinião? Ora, se o moço de ontem não podia desperceber a figura do monarca e sua simplicidade de homem, tantas vêzes descrita em romances de LIMA BARRETO; se sabia de república o que de LOPES TROVÃO vinha ou fluía do apostolado de BENJAMIN CONSTANT BOTELHO DE MAGALHÃES, a sedução do desconhecido e a volúpia de variar o magnetizavam. República era incógnita a que a ênfase da propaganda dava notas do misterioso e do sobrenatural. E de maravilhas imaginárias ninguém descrê quando os olhos somam poucas primaveras. Então, não ocorre a lição angustiada dêste poema:

“Quadros pendentes em parede respeitosa!
Há olhos que, por êles, têm ternura.
Ora uma cena tanto quê de airosa,
Ora outra apenas com uma barba em criatura.

São aquela gente lá do Novecentos,
Cuja face inda ostenta altivez e rancura.
São filhos de barões, esperados portentos
De que a vida escarneceu, ficando dura.

Olho. Comêço da República. Apenas um landô
Atravessa o leito silencioso de uma rua.
Carrega uma cartola... é um barão.

Olho. Velhice da República! Apenas camelô
Hoje se engraça com parola e insinua
Que será rei do mundo na Federação”

VII.

São Paulo.

16. Desde 1891, esta cidade conta mais um advogado. O “Almanaque do Estado”, costumeiramente informante de quem vive aqui, não lhe regista o nome na lista das profissões. Certamente sua editora, a Cia. Industrial, sucessora de JORGE SECKLER, não foi cientificada. Mas, o número do 10.º ano, que é de 1896, já traz em sua página 205, na lista dos advogados em nosso território comarcão:

*Manuel Pedro Villaboim,
Rua da Quitanda, 2.*

17. Quem quer que, então nascesse de pai advogado se acostumaría a ouvir, embevecido, narrarem momentos em que VILLABOIM emprestava ao fôro de São Paulo o brilho de suas soluções. Ora, nós crescemos entre aquela gente que porfiou em namorar esta casa e sofrer os corolários dessa paixão sem assunto que é a advocacia. Antes, comoções, desilusões e privações: uma impressão de glória, ao final, e, às vêzes, uma placa. Crescemos, portanto, a ouvir êsse nome — o de VILLABOIM. E que aprêço lhe era dado! Começa-se a venerar um homem, às vêzes, apenas por se lhe ouvir o nome com a narrativa de seus feitos. Ama-se, então pelo ouvido, que é também maneira de

amar. Muitos anos mais tarde, quando já éramos acadêmicos, as referências entusiásticas de mestres desta Casa vieram sedimentar nossa admiração por VILLABOIM.

VIII.

A dama insólita e traiçoeira.

18. Aprendemos aqui: a política era uma ciência ao tempo de ARISTÓTELES; hoje é um conjunto de ciências. Mas, outros vieram a dá-la como arte e até se pretende que a pratica quem é eleito. Ai! Pedro Malasarte!

Ora, VILLABOIM, artista da advocacia e ardoroso entusiasta da República, não poderia fugir à sedução dessa dama etérea, insólita e traiçoeira que, apontada como arte, constrói e destrói reputações, num átimo. Ele que, há muito, depositara esperanças na “causa republicana”, vai dar-se agora a incursões práticas.

Observa JOSÉ MARIA BELLO, em sua *História da República*, (2.^a ed., pág. 179) :

“Tendo organizado, na indiferença de FLORIANO PEIXOTO, vasto e confuso partido político, FRANCISCO GLICÉRIO encarnava, perante o novo Presidente da República, o poder soberano. Para apaziguar a nação, dividida entre vencedores arrogantes e vencidos que não se conformavam com o próprio ostracismo, e tentar pôr em ordem os negócios públicos, PRUDENTE DE MORAIS tinha de apoiar-se na maioria parlamentar, representada pelo Partido Republicano Federal. As suas boas relações pessoais com o antigo companheiro de propaganda republicana, e um dos promotores entusiastas de sua candidatura à presidência da República, pareciam facilitar a tarefa de aproximação e harmonização entre o Executivo e o Legislativo. A atitude inicial de PRUDENTE DE MORAIS afigura-se de excessiva abstenção sobre medidas legislativas em debate; fecha-se êle na órbita imediata das suas funções, com sacrifício

embora da colaboração que as necessidades do país impunham aos dois poderes políticos. Autônomo na direção das forças políticas ou das “vinte e uma brigadas” do Congresso, o chefe do Partido Republicano Federal torna-se uma espécie de “condestável” da República. Os seus amigos e os seus adversários, sob inspirações e fins diversos, exageram-lhe a influência no espírito e no governo de PRUDENTE DE MORAIS”.

A citação vem a calhar, para notar que, mais tarde, a decretação do estado de sítio no governo de PRUDENTE e a evolução de fatos que estavam a dar prestígio enorme a GLICÉRIO vieram a culminar com a prisão de diversos representantes do povo, seguida da deportação do jornalista ALCINDO GUANABARA. Nessa altura, GLICÉRIO refugiou-se em São Paulo. Entrementes, com o atentado contra PRUDENTE e o assassinio de seu Ministro da Guerra General MACHADO BITTENCOURT, vítima do anseçada MARCELINO BISPO, surgia: para PRUDENTE, a sempre ambicionada posição de mártir, ao repente e ao acaso; para muitos anteriormente ligados a GLICÉRIO, também ao repente e ao acaso, oportunidade para aderir ao sucessor de FLORIANO. E a isto se deu o nome de cisão do Partido Republicano Federal, criado por GLICÉRIO. Foi o que valeu a CAMPOS SALLES para a vitória, em detrimento de BERNARDINO DE CAMPOS (da preferência de PRUDENTE e seu Ministro da Fazenda) de LAURO SODRÉ e de FERNANDO LOBO, candidatos respectivamente dos fiéis a GLICÉRIO e dos sequazes de JÚLIO DE CASTILHOS.

Foi ao influxo dos acontecimentos descritos, que VILLAGOIM penetrou o que, por metáfora, chamamos: política. Fê-lo, através do seu jornal *A Nação*, por meio de artigos em que promoveu ardorosamente a defesa de FRANCISCO GLICÉRIO, então já irremediavelmente separado de PRUDENTE DE MORAIS, por cuja candidatura se batera, ainda na soturna e perigosa noite que FLORIANO PEIXOTO legara ao Brasil. Entrou, êle, portanto para a vida pública do país, pelo jornalismo. Mais tarde, mudam-se-lhe os rumos. Vêmo-lo

ao lado de JOSÉ GOMES PINHEIRO MACHADO, sob o estado de sítio, no govêrno de PRUDENTE, fôra preso a bordo de um navio de guerra, como suspeito de cumplicidade no atentado a PRUDENTE, a 5 de novembro de 1896.

19. É irresistível a tentação de recordar a discutida figura de gaúcho, de quem o polimento de um curso superior não logrou retirar o toque guasca, entre temido e odiado nos pampas, pelo espalhafato do gaudério conservado até fora dos pagos. A morte à traição levou desafôgo aos desafetos e suscitou, para o finado, a permanência de interpretações exageradas que só a calma e a insuspeição poderão destruir.

Estudante desta Faculdade em 1874 (ALMEIDA NOGUEIRA: *Tradições e reminiscências* (9.º vol., pág. 265), o caudilho saiu dela para a sua terra, até que eleito para representar o Rio Grande do Sul, no Congresso Nacional, passou a ser um anjo em que mal e bem se instalaram sem constrangimento, segundo fama em que andou entre os seus contemporâneos. Quando da presidência HERMES DA FONSECA, assumiu preponderante papel na política federal e, por ter o título de general que os feitos maragatos lhe conferiram ainda que não passasse de um civil, apresentava o encantamento de um grande soldado. Esta circunstância grangeou, para êle, fama de que era de poucas letras, para a alegria de RUI BARBOSA que, em seus desaguisados da tribuna, o soube explorar, com sagacidade. Mas, PINHEIRO MACHADO não era um iletrado. As campanhas em que se empenhara no Sul lhe haviam conservado a dureza e impossibilitado ombrear com os seus pares, em cultura literária.

Pois é de PINHEIRO MACHADO que VILLABOIM se aproxima no ano de 1910. Eleito deputado estadual, exerce seu mandato até 1913. Em 1915, com oposição que se tornou famosa no velho Partido Republicano Paulista, é eleito deputado federal. Reeito sucessivas vêzes até 1930, ocupava a liderança da Maioria na Câmara Federal du-

rante o Govêrno WASHINGTON LUIZ, sendo, desde 1923, juiz da Côrte Permanente de Justiça Internacional em Haia. Na altura, os sucessos de 1930 vieram a transformar o cenário brasileiro. A Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891, que enlevadamente nossa geração supôs sempiterna, foi substituída pela chamada “Lei dos Interventores”. Trata-se do Decreto n. 19398, de 11 de novembro de 1930 que, no artigo 2.º, declara: — É confirmada, para todos os efeitos, a dissolução do Congresso Nacional, dos Estados, das Câmaras ou Assembléias Municipais”... Assim ocorreu a eliminação da tarefa parlamentar à qual se devotara o mestre. Então, êle teria visto na “política” a dama insólita e traiçoeira. O Decreto Federal de 13 de junho de 1932, em atendimento a seu pedido e nos termos do Decreto n. 19.851, de 11 de abril de 1931, deu-lhe a jubilação. A morte o colheu no dia 11 de setembro de 1937, como o regista o último escrito para a nossa *Revista* assinado pelo professor RAPHAEL SAMPAIO. O requerimento referente à formalização de sua jubilação consta do nosso “Arquivo”. Data de 18 de maio de 1933 e é do seguinte teor:

“O Dr. MANUEL PEDRO VILLABOIM, por seu procurador abaixo-assinado, requer a V. Excia. se digne mandar encaminhar ao Sr. Ministro de Estado da Fazenda o incluso requerimento e demais documentos, para o fim de lhe ser passado o título de inatividade de professor da cadeira de Direito Administrativo e da Ciência de Administração.

E. deferimento

p.p. HENRIQUE VILLABOIM.”

Seu último parecer, publicado no fascículo III, vol. XXXIII de nossa *Revista*, é de 9 de agosto de 1937. De então para a frente, parece ter ficado na fase premonitória que precede à morte, pois esta veio, passados um mês e dois dias.

IX.

Aulas do Recife.

20. Esteve VILLABOIM no Recife, a cursar-lhe a Faculdade entre 1882 e 1885. Desejamos lembrar aqui também os nomes de professôres que, ali, lhe teriam ministrado aulas. Mas, a *História da Faculdade do Recife*, escrita por BEVILAQUA por ocasião do 1.º centenário da Fundação dos Cursos Juridicos, não apresenta ordem de que se tirem, com clareza, os nomes dos mestres de VILLABOIM. Provavelmente preleções êle as recebeu de JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, catedrático em 84 e penalista de nomeada internacional, o qual gozava de fama na Itália e na Alemanha; de JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA, substituto a partir de 76, catedrático de 1884, autor de *Lições de Direito Administrativo*; de JOAQUIM DE ALBUQUERQUE BARROS GUIMARÃES, autor de *Elementos de Direito Romano*, datados de 1883; de ALBINO GONÇALVES MEIRA, professor em 82; de JOSÉ SORIANO DE SOUSA, falecido em 85; de JOÃO JOSÉ PINTO JÚNIOR, com o título de Conselheiro em 85, por haver lecionado 25 anos; de ANTONIO COELHO RODRIGUES e de TOBIAS BARRETO DE MENEZES, ingresado na Congregação, por concurso de 1882. Mas, tais notícias dão-las com o amparo de presunções e não com a certeza de boas provas.

X.

O Professor.

21. Assoalha-se que VILLABOIM, como parlamentar, apagou o professor. Melhor é dizer que VILLABOIM, como professor, complementou o parlamentar.

Realmente, é notório que, desde 1910, se entregou à representação no Legislativo. Provam-no: notícias de

jornais, projetos, discursos; provam-no requerimentos constantes do “Arquivo” desta Faculdade; provam-no as substituições. Contudo, um professor não se afirma unicamente pela assiduidade às aulas, comparência que, por vezes, assume aspecto meramente físico. Demonstram-no os mestres que, no passado, tendo honrado cátedras desta Casa, não se confinaram no ouvir a voz entre quatro paredes, como narcisos desprovidos de lagos e espelhos. Daqui e do Recife saíram muitos cujas aulas começaram em ambientes de claustro para, a seguir ganharem rumos diferentes, isto é: a tribuna parlamentar, o pretório e, sobretudo, o livro. Aí está um modo de ser que, incompreendido por muitos, aproveitou a todos, quando o Brasil colocava a sua sempre tão lamentada produção de bacharéis em direito a serviço de suas câmaras e quando, quem lesse as leis, não precisava de táboa de logaritmos para entendê-las. O ensinar vem de perdulária disposição de transmitir, que não impende nem de diploma, nem de láureas altas de procedência universitária. E isto, pela análise de sua vida, VILLABOIM tinha de sobêjo.

Quando assumiu a cátedra, a República já estava na rua, porque, de há muito, era a própria rua. Entretanto, as instituições administrativas, embora transformadas, continuavam estudadas dentro de critério anacrônico e obsoleto. Salvavam-se os alunos com repetir lições dos antigos mestres franceses, então distanciados de nós; salvavam-se, ainda, com leituras de RIBAS, de URUGUAI, de FURTADO, de RÊGO e de RUBINO, que se harmonizavam com o Brasil Imperial, mas, que, na República, deveriam ser
“folha dobrada”.

Até VIVEIROS DE CASTRO, tão cioso de si e tão confiado no título de pioneiro que êle próprio, com simulada modéstia, aplicou a si mesmo, até VIVEIROS DE CASTRO, em plena República já em crescimento, era a desolação encafuada num cartapácio. Ora, VILLABOIM estudara à francesa e poderia ter ficado, em inexpressivo esfôrço, entregue à

parolagem. Poderia, se não viesse, mais uma vez, dar-nos uma lição de humildade. Reformulando heróicamente, introduz no Brasil o conhecimento dos primeiros trabalhos da Escola Teuto-Italiana; divulga ORLANDO e seus continuadores, preparando veredas. É o S. João Batista dos novos estudos de Direito Administrativo, no Brasil, de cuja renovação já se sentem sinais marcantes em JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELLO NETO e em MARIO MASAGÃO. É o que fizemos sentir, por duas vêzes, em escritos de nossa lavra para os *Anais da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie* e no estudo sôbre o *Direito Português no Brasil*, na *História da Civilização Brasileira*, dirigida por SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA.

É admissível que os leigos ignorem o que narramos; é perdoável que os especialistas de outros rincões do Direito esqueçam o que foi o ensino do D.A., nos primórdios da República, para que silenciem sôbre VILLABOIM como precursor. Bastaria considerar êsse aspecto ingratamente escondido na memória para que a admiração crescesse, entre os seus pósteros. Se tal não ocorreu, porém, culpa não é de quantos, nesta Casa, sempre defenderam, para êle, essa posição histórica; culpa é do que anda oficializado como fasto do ensino do Direito e leva o pomposo nome de “verdade histórica”. Oh! Esta verdade temerária! Como a tememos! Surge ao repente; toma forma e ganha letra de fôrma, quando os olvidados se transformam em Mânes. Depois disto, ninguém pode com ela e tudo, deturpado, adquire o aspecto do definitivo, até que algum inconformado apareça.

Que poderíamos dizer hoje, se a literatura de D.A., no Brasil, continuasse a ser, nesta República, incipiente (com “c”) e insipiente (com “s”)?

VILLABOIM inovou, sem alarde; inovou, sem sentir, sequer, que o fazia. Com aquêle fatalismo de bem ser, para, talvez, melhorar vindouros — fatalismo que assinala atitude contemplativa, despercebida pelos contemporâneos e

por quem nele se encontra. Aí está o sentido maior de sua obra, no ensino, ainda que não o hajam notado, porque não andou muito em letra impressa, ao sacudir o marasmo.

Não nos podemos, ainda nestes tempos, furtar ao reconhecimento de que, entre administrativistas da bibliografia nacional, há uma pequena população de turistas-aprendizes. Mas, de 1889 a 1920, nem isso era possível divisar. A evolução é, pois, manifesta. Devêmo-la, entretanto, à reformulação que, encetada por VILLABOIM, tomou corpo através dos seus sucessores.

XI.

Como uma prece.

22. Esta Casa tem, quanto aos ramos do Direito, mestres que descendem de mestres, pelo sangue, ou pelas afinidades eletivas. Assim, desde 1827, somos uma família que a morte reduz hoje, para amanhã aumentar. Há, portanto, nesta Faculdade, um sentido de continuidade, que se aperfeiçoa e se aprimora, apesar das vicissitudes que, de tempos em tempos, a assaltam. É aquela espécie de projeção que, com nobre orgulho, pensamos ser de todos aquêles que honraram as cátedras. É a saudável, pôsto que infantil imagem, que nos faz crer que os mortos de que viemos estão agradados pelos vivos que os sucederam. Ora, o que vamos dizer não é prece, nem vale exortação. É, apenas, a expressão de um almêjo.

Que o sentimento de sucessividade espiritual jamais se apague, por aqui. Que nos una sempre e cada vez mais, a fim de que, no presente e no futuro ainda, seja esta Casa o que foi no seu passado, conservando, para ela, apesar de tudo, certa sutil nobreza que lhe adveio, desde que o Visconde de São Leopoldo logrou ver seu sonho realizado, com a criação dos Cursos Jurídicos. É essa sutil

nobreza que, a despeito dos que não podem penetrar-lhe a causa, faz com que os vivos e os mortos passados por esta Casa não mais a deixem.

É possível que tudo quanto a Universidade de S. Paulo atualmente reúne não saiba a razão por que o amor dos que vêm e virão continui, tão grande quanto o dos que vieram, para se irem por causa da vida, ou por causa da morte. Lamentando a incompreensão de tantos, não a perturbaremos para explicar o que não podem entender.

O Brasil, que continua, começou a ser, quando seus dois cursos jurídicos lhe deram bacharéis em direito. Foram êles que, com o seu universalismo mental, deram à vida pública incremento. Dotados de elasticidade intellectual que jamais se acha em técnicos do país da Cucanha, foram o Brasil com alma. Assim, que aquêles que nos estranham possam dizer que, sem louvar, nem condenar, se admiram diante do nosso amor a esta Casa. São os nossos votos, solenemente apresentados, ao terminar a tarefa da restauração de um retrato de um de seus grandes vultos.

92.36.84.

Professor Dr. Manoel Pedro Villaboim*.

Manoel Pedro Pimentel

Ministro do Tribunal de Alçada do Estado de
São Paulo.

Honrou-me V. Exa., Senhor Presidente, com a designação para proferir algumas palavras, nesta reunião plenária do Egrégio Tribunal de Alçada, prestando uma homenagem muito merecida à memória do eminente Professor e Advogado Manoel Pedro Villaboim. Confesso, Senhor Presidente, que aceitei com viva emoção a incumbência, reconhecendo embora que outros colegas poderiam se desempenhar com maior brilho do encargo. Envaidecí-me com a escolha, confesso de público o meu pecado, e nem mesmo tentei esconder a minha falta de modéstia. Devo esclarecer, porém, que tudo se explica quando se sabe quem é o homenageado, e o porque da homenagem.

Em primeiro lugar, a homonímia. Depois, o traço profissional. Em seguida, a circunstância de estarmos ligados pelo vínculo da docência na mesma Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Finalmente, a amizade que cultivo, e que muito prezo, dos seus descendentes, entre os quais se conta, em linha direta, o mais graduado dos funcionários deste Egrégio Tribunal de Alçada, o exemplar Secretário Raul Villaboim de Carvalho.

*. Discurso proferido na sessão plenária de 27 de setembro de 1967, no Tribunal de Alçada, em comemoração do centenário de nascimento de Manoel Pedro Villaboim.

Tais as razões que dou como excusa, para o insopitável anseio de aceitar, sem qualquer negação, o encargo cometido. Quando há poucos dias, em sessão solene da Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ouvíamos embevecidos a extraordinária peça de oratória produzida por Fernando Mendes de Almeida, em louvor de Manoel Pedro Villaboim, pudemos bem perceber o forte impacto que a descrição da personalidade do homenageado causou em todos quantos tiveram a felicidade de assistir àquela festa.

Dois dias depois o “Diário de São Paulo” publicava, na íntegra, o formoso discurso que o Ministro Marcondes Filho proferira no Museu de Arte de São Paulo, ao ensejo da inauguração do retrato de Manoel Pedro Villaboim, na qualidade de seu paraninfo. A iniciativa de formar-se, naquele prestigioso Museu, uma galeria de retratos de homens notáveis do país, se deve a êsse extraordinário brasileiro, o Embaixador Assis Chateaubriand, a quem o Brasil agradece mais um notável serviço em favor da conservação das mais caras tradições.

Não se trata de mera coincidência o fato de serem realizadas, em tão poucos dias, estas festas em louvor do nosso homenageado de hoje. É que neste ano comemora-se o centenário do seu nascimento, ocorrido em 16 de julho de 1867, no município de Cachoeira, província da Baía. Filho do Conselheiro Manoel Pedro Alvares Moreira Villaboim e de D. Umbelina de Oliveira Passos Villaboim, estava o menino Manoel Pedro Villaboim predestinado a um fulgurante e marcante futuro.

Foi preciso que obtivesse uma autorização especial para matricular-se na Faculdade de Direito do Recife, em 1882, pois não alcançara ainda a idade regulamentar. Em uma pequena nota biográfica que dêle traçou o Professor Waldemar Ferreira, em seu trabalho “A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927”, disse o saudoso Mestre de Direito Comercial:

“Bacharelou-se em 1885, sendo logo nomeado promotor público de Victoria, Capital da Província do Espírito Santo. Juiz municipal, em 1889, de Cachoeira do Itapemirim, foi em 1890, juiz de direito de Itabapoan, no Estado do Espírito Santo”.

Portanto, aos 23 anos de idade, já havia galgado postos elevados, dando provas do seu invulgar talento. Não completara ainda 24 anos quando foi nomeado lente substituto da quinta secção da Faculdade de Direito de São Paulo, para lecionar teoria e prática do processo, recebendo em 9 de junho de 1891 o grau de doutor. Aos 25 anos era nomeado lente catedrático de Direito Administrativo da mesma Faculdade, depois de se submeter voluntariamente a concurso público de provas, recusando-se a permanecer como professor nomeado sem tal exigência. Por decreto de 7 de fevereiro de 1896, com apenas 29 anos de idade, foi designado para catedrático de Direito Administrativo e Ciência da Administração.

Em 1893, integrando a primeira Comissão de Redação da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, de que faziam parte os ilustres professores Brasílio Augusto Machado d’Oliveira, seu Presidente, João Mendes de Almeida Júnior, Desembargador Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho e Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima, fazia publicar um ensaio intitulado “É sustentável perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo?”, tema de que se ocupara de modo mais desenvolvido em sua tese de concurso. A respeito desta prova, escreveu o Ministro Marcondes Filho, em seu já mencionado discurso: “Estudando o contencioso administrativo na Constituição Federal, concluiu pela inexistência desse aparelho diante dos dispositivos da Lei Magna. A tese, audaciosa e original, de que ninguém ainda se apercebera, foi defendida perante uma banca de insígnies juristas brasileiros, nomes que até hoje ressoam nas arcadas do Convento de São Francisco representando a tradição dos grandes professôres — Barão

de Ramalho, João Monteiro, Américo Brasiliense, Vieira de Carvalho, Frederico Abranches, João Mendes Júnior, Brasília Machado, Pedro Lessa, além de outros. A vitória foi completa. Durante cinco dias de provas e arguições se opôs a eminentes adversários e foi por êles aprovado afinal com classificação distinta e por unanimidade.”

Espírito indagador, ansiando sempre por novos horizontes, abandonou o rumo seguido pelos tradicionalistas, encantados prosélitos da cultura francesa, predominante na época, e lançou-se a novos vôos. Segundo informação transmitida por Fernando Mendes de Almeida, foi êle quem divulgou entre nós os primeiros trabalhos dos Mestres italianos, especialmente os de Orlando, expondo e interpretando as novas teorias.

Não fugiu à sedução da política, deusa que fascinava os bem dotados de cultura e de inteligência, e a ela se entregou ao lado de Francisco Glycerio, em 1897. Exerceu mandatos eletivos desde 1910, e figurou como líder da maioria na Câmara Federal durante a presidência de Washington Luis. Mereceu, ainda, a honraria de figurar como juiz permanente do Tribunal de Justiça Internacional de Haya.

Mas, se tantos postos de relêvo ocupou, e se tantas foram as suas corôas e láureas, nenhuma prezou êle mais, e nem maior brilho lhe conferiram, do que o exercício da advocacia. Foi o maior advogado do seu tempo. As mais intrincadas questões desmanchavam-se e se tornavam simples ao toque mágico da sua inteligência. Pena que os seus trabalhos tenham ficado esquecidos no bojo dos autos enfileirados em poeirentos arquivos. O destino das sublimes demonstrações de cultura dos advogados é, infelizmente, êste. Em brilhantes palavras, assim sintetizou o Ministro Marcondes Filho, esta marcante face do nosso homenageado: “Êle era eminentemente advogado e o advogado militante não pode estacionar em livro. É mandatário, é defesa, é controvérsia, é movimento, exercendo-se

sôbre as flexibilidades, as contradições, as nuances jurídicas que emergem, às vêzes inesperadamente, no jôgo das relações em debate, configurando o Direito em sua crise perpétua de revisão. Advogado desde o começo até o fim da vida, até os últimos dias, com o mesmo senso de responsabilidade, a mesma intuição jurídica, o mesmo ímpeto vocacional.”

Basta o que ficou dito para ilustrar esta figura ímpar de Manoel Pedro Villaboim, cujos últimos dias foram entristecidos pelos acontecimentos de 1930, quando o país mergulhou nas ondas revolucionárias, agitadas pelos ventos do Sul, e que até hoje estão incalmas, ameaçadoras, prolongando-se o período de prova em que, desde então, vive o povo brasileiro.

Não poderia o Tribunal de Alçada de São Paulo, instituição que já se firmou no cenário jurídico da Pátria, omitir-se e silenciar, quando alhures se comemora festivamente tão significativo centenário. O exemplo dos homens do passado deve ser posto aos olhos dos homens do presente, para que os homens do futuro imitem as suas virtudes. A tradição nada mais é do que o apêto de mão que o passado e o futuro trocam no presente. Por isso mesmo, Senhor Presidente, aqui estamos, graças à lembrança meritória de V Exa., a render singela, mas sincera homenagem, a êste grande brasileiro que, em São Paulo, trabalhou pelo engrandecimento da nossa terra.

A missão da Faculdade de Direito na
conjuntura política atual*.

(Estudo sôbre os rumos da democracia no Brasil).

Alfredo Buzaid

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

Agradecendo à douta Congregação a mercê de me haver incluído na lista tríplice, ao Magnífico Reitor a honra de me confiar a direção desta Faculdade, ao eminente professor Miguel Reale a oração brilhante e erudita e ao jovem estudante Sérgio Lazarini as amáveis palavras de carinhosa saudação, não posso esconder a minha perplexidade ao verificar que, com tão insigne láurea, recebo o mais oneroso dos encargos. Não se veja, nesta confissão quase paradoxal, um gesto de incivilidade, sendo-vos ingrato justamente na hora em que mais devia provar-vos o meu reconhecimento; nem que tenha o propósito de retribuir-vos com uma queixa inoportuna a dignidade que me agraciastes.

* Este trabalho reproduz o discurso de posse do autor, ao assumir a função de Diretor desta Faculdade, no dia 3 de agosto de 1966, tendo sido reconstituído e revisto. As notas, que o completam, destinam-se a esclarecer os conceitos enunciados no texto e a documentar as citações dos autores mencionados.

I. O diretor Luis Eulálio de Bueno Vidigal.

A ascensão a êste pôsto me infunde o temor das responsabilidades que o envolvem. Se o meu intuito é o de nobremente servir a uma instituição que amo com fervor, o meu receio é o de não estar à altura da função que me cometestes, tanto mais que me coube suceder a um dos maiores diretores que já teve esta Faculdade: Luis Eulálio de Bueno Vidigal.

Na última sessão da Congregação solicitou o Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal que não votassem nele, porque, reconduzido, não poderia continuar a exercer a função de diretor, parecendo-lhe incorreto remeter à Reitoria uma lista de dois nomes, quando a lei prescreve que seja de três. A nobreza desta renúncia mereceu significativa homenagem da Congregação, que deplorou não poder indicar o eminente colega ao cargo, em cujo exercício revelou qualidades excepcionais de administrador, ordenando a vida interna da Escola, moralizando costumes acadêmicos, exigindo freqüência assim de professôres como de alunos, prestigiando tôdas as boas iniciativas, lançando as bases do nôvo edificio e mantendo, no atual, rigoroso asseio.

Êste procedimento, que tanto o enobrece, tem raízes remotas na sua augusta família. Um dos seus ancestrais, Amador Bueno, também recusa a corôa de Rei por fidelidade à Metrópole; Luis Eulálio de Bueno Vidigal não aceita a recondução por observância a princípios que lhe moldam o caráter.

Diante de obras tão grandiosas e de exemplos tão edificantes, vós podeis avaliar as apreensões que me cercam ao assumir a alta investidura que me confiastes. E se cobro ânimo para encetar as atividades funcionais, é porque, bafejado pelo voto de confiança que me outor-

gastes, não me faltareis, estou certo, nas horas difíceis, com os conselhos de vossa larga experiência.

II. O programa do atual diretor.

Não é da praxe desta Academia que o diretor, no ato de posse, apresente um programa de trabalhos. As plataformas têm cunho político. Precedem os pleitos e dão a conhecer as idéias do candidato. O que passa na Congregação é, porém, coisa diversa. Trata-se de um colégio de pares. A elaboração da lista tríplice não pressupõe concorrentes. É um ato espontâneo que vale como testemunho de aprêço dos colegas. O diretor nomeado nada postula, nem a sua designação significa reconhecimento de título de preferência sôbre outros tantos que podem ilustrar o cargo. É obediência a mandato honroso, com o elevado intuito de dedicar-se à instituição a que pertence.

Certamente por isso os diretores desta Faculdade nunca precisaram disputar eleições. E, portanto, jamais se preocuparam em elaborar programas, pois é de sua condição natural realizar sem prometer e não prometer sem realizar. Mas se os estilos desta cerimônia lhes exigissem uma definição de princípios, fãcilmente poderiam desincumbir-se da tarefa, afirmando que o programa desta Faculdade é manter uma tradição de cultura, de civismo e de renovação de idéias, em uma palavra, o seu fadário é conquistar o futuro sem destruir as glórias do passado.

III. A missão da Faculdade de Direito.

A missão desta Faculdade não é simplesmente a de formar profissionais para o exercício da advocacia. A sua história, desde os primórdios de sua existência até os nossos dias, revela uma vocação messiânica. Já dentre os

alunos que em 1828 se inscrevem no curso, principiando a vida acadêmica, sobressaem na vida nacional PIMENTA BUENO, MANUEL VALDETARO, PIRES DA MOTA, AZEVEDO MARQUES, AMARAL GURGEL e DIAS DE TOLEDO. Esta é a primeira floração de uma plêiade de juristas, políticos, legisladores e literatos, que despontam no alvorecer da nacionalidade. Daí por diante, numa sucessão nunca interrompida, esta Faculdade traça os destinos da Pátria na obra de seus filhos.

Sob as arcadas plasmou TEIXEIRA DE FREITAS o seu gênio, permitindo-lhe redigir o monumental *Esbôço de Código Civil*; o Conselheiro LAFAYETTE formou a sua cultura, escrevendo o *Direito das Coisas* com o rigor e o aticismo dos jurisconsultos romanos; e COUTO MAGALHÃES devassou o Brasil original, autóctone, selvagem. Foi aqui que ALVARES DE AZEVEDO vibrou a lira romântica, CASTRO ALVES estigmatizou o cativo e FAGUNDES VARELA soltou os primeiros gemidos. Foi aqui que RUI aprendeu a amar a democracia, defender as liberdades públicas e cultivar o direito. Foi aqui que os estudantes pregaram a República, lançaram as bases da federação e consolidaram a independência. Estas idéias benfazejas medraram na consciência pública, simbolizando, em cada período histórico, o espírito que ilumina a vida nacional no fôro, na política, na tribuna, no jornalismo e nas letras.

Se tocasse a esta Casa apenas o papel de formar bacharéis em direito, seria um curso profissional. Se o ensino se limitasse à sistematização dos princípios e à hermenêutica dos preceitos legais, teria validade científica, mas lhe minguariá calor humano, a perspectiva dos largos horizontes, a paisagem das construções imortais. Seria uma escola, não um templo. Teria professôres, não sacerdotes. Viveria em contato com os códigos e as leis, mas estaria divorciada do mundo, dos seus dramas, das suas crises e das idéias que o agitam.

IV. O conceito de fato político.

Todos os problemas que interessam à permanente renovação dos espíritos, com serem jurídicos, não deixam de ser políticos. Emprego êste vocábulo no sentido de “*fato político*.”¹ O conceito de fato político não se exaure no de Estado, antes o supõe enquanto ordem do ser, realização de atividades jurídicas e composição de interêsses sociais. O fato político não se identifica com o fato social, mas o abrange. O fato político aspira a ser, na verdade, o todo, do qual o jurídico, o econômico e o social são partes e tributários.²

Os que acreditam que o “econômico” exerce um primado no dinamismo da vida social são desmentidos pelos

1. “O fato político”, segundo MICHEL DEBRUN, “não está à margem do social. Nele penetra em tôdas as suas dimensões.” (MICHEL DEBRUN, *O Fato Político*, ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1962, pág. 17).

2. Uma das tendências da doutrina moderna consiste em distinguir o conceito de “política” do conceito “*do político*”. O vocábulo *político* é tradicionalmente empregado em duas acepções. Como adjetivo serve para designar o que é relativo ao Governo de um Estado. Neste sentido origina-se do latim clássico *politicus*, *a, um* (MARCEL PRÉLOT, *A Ciência Política*, trad. bras., São Paulo, 1964, pág. 9 e segs.). Como substantivo registram-lhe os dicionários a significação de *estadista*, o que trata de política (LAUDELINO FREIRE, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. IV, pág. 4040; CALDAS AULETE, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, vol. II, pág. 740). Mas vários publicistas em Portugal, na França e na Alemanha empregam a palavra “político” como substantivo para exprimir não tanto o *homem* quanto a *vivência da sociedade humana como comunicação e como grupo* (CABRAL DE MONCADA, *Problemas de Filosofia Política*, pág. 27). Para J. FREUND, “analyser l’essence du politique, ce n’est pas étudier la politique en tant que activité pratique et contingente qui s’exprime dans des institutions variables et dans des événements historiques de toutes sortes, mais c’est essayer de comprendre le phénomène du politique dans ses caractéristiques propres et distinctives qui le différencient d’autres phénomènes d’ordre collectif comme l’économique, le religieux et trouver les crières positifs et décisifs qui

“dados” da vida moderna, nomeadamente naqueles países em que se ensaiou a maior revolução dos tempos atuais. A formação de um partido único e a hipertrofia do Estado, que alarga os seus domínios sôbre todos os campos do pensamento, evidenciam que “o fato político” absorve o fato econômico e o supera. A própria vivência nesses países denota que, acima das conjunturas econômicas sujeitas a contínuas variações, está a hegemonia do Estado, que dita regras ao fenômeno social, subordinando-o à política superior do partido dominante.

V. O fato político mais importante: a instituição da democracia.

Da velha Hélada aos nossos dias o fato político mais importante que a história registra é a instituição da democracia. “A palavra *democracia*” escreve CROISET, “é grega, como a idéia que ela representa. Foi na Grécia que nasceu a democracia: ali, livremente e completamente, evoluiu em grande número de cidades. O ciclo de suas transformações operou-se com tanta freqüência e de um modo tão regular que os filósofos fizeram dêle uma teoria”³. ARISTÓTELES,

permettent de faire la discrimination entre les relations sociales qui sont proprement politiques et celles qui ne le sont pas.” (J. FREUND, *L'Essence du Politique*, Sirey, 1965, pág. 1 e seg.). Segundo CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlim, 1963, pág. 20, o conceito de Estado pressupõe o conceito do político (Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus). Para HELLER (*Staatslehre*, Leiden, 1961, pág. 203), o conceito do político é muito mais amplo que o do Estado (Der Begriff des Politischen ist sehr viel umfangreicher als der des Staatlichen).

3. A CROISET, *As Democracias Antigas*, Garnier, 1923, pág. V. A se crer em HERODOTO (*Histórias*, liv. III, ns. 80 e segs.), alguns bruxoleios da idéia democrática teriam repontado na Pérsia, quando da rebelião, em 522 antes de Cristo, de sete nobres contra um pretendente medo ao trono imperial. Tendo-o assassinado e necessitando

para defini-la, serve-se do método comparativo, realçando os caracteres das três formas fundamentais de Governo: a democracia, a aristocracia e a monarquia. E distinguindo-as conforme a natureza da autoridade soberana, afirma que na democracia o poder político reside na generalidade dos cidadãos; na aristocracia, numa classe, provavelmente a melhor; e na monarquia, num só homem. Esses três tipos podem variar, tomando formas viciosas. Assim a democracia degenera em demagogia; a aristocracia, em oligarquia; e a monarquia, em tirania.⁴

reorganizar o Governo, discutiram os conspiradores a forma que deveriam dar-lhe. Travam o diálogo Otanes, Megabizo e Dario. Os argumentos estão alinhados em três discursos paralelos que, no seu conjunto, examinam três sistemas políticos. A questão se cinge especialmente em saber em mãos de quem está o poder supremo, isto é, se pertence a um, a poucos ou a muitos; em outras palavras, se ao monarca, aos aristocratas ou ao povo. Otanes defende a democracia, ao dizer: “Quanto ao governo da multidão, primeiro, o seu próprio nome é tão belo: igualdade perante a lei; depois, atribui os postos por merecimento, torna as autoridades responsáveis e submete tôdas as deliberações à comunidade.” (Cf. LESLIE LIPSON, *A Civilização Democrática*, vol. I, pág. 34 e seg.; LINDSAY, *O Estado Democrático Moderno*, pág. 30). É provável que a idéia democrática tivesse surgido frouxamente em civilizações anteriores à grega. Mas o mérito dos atenienses foi não só de conhecê-la como forma de governo, mas ainda realizá-la como experiência social. Os atenienses tiveram, sobre quaisquer outros povos, a plena consciência das vantagens do regime político que adotaram.

4. ARISTÓTELES, *La Politique*, trad. franc. de Thurot, liv. III, cap. V, § 2.º: “Parmi les monarchies, on donne ordinairement le nom de royauté à celle qui a pour but l'intérêt général; et le gouvernement d'un petit nombre d'hommes, et de plusieurs, pourvu que ce soit pas d'un seul, s'appelle aristocratie, soit parce que l'autorité est entre les mains des plus gens de bien, soit parce qu'ils en usent pour les plus grand bien de l'Etat et des membres de l'Etat. Enfin lorsque la multitude gouverne dans le sens de l'intérêt général, on donne à ce gouvernement le nom de République, qui est commun à tous les gouvernements.” E no § 4.º: “Les gouvernements viciés sont: la tyrannie pour la royauté, l'oligarchie pour l'aristocratie; la démagogie pour la République. La tyrannie est une monarchie qui n'a d'autre objet que l'intérêt du mo-

A essência da democracia ateniense, segundo os filósofos, os pensadores e os políticos, consiste na detenção do poder pelo povo que o exerce por direito próprio a benefício da comunidade. O povo participa direta e ativamente do Governo e as suas decisões são tomadas pelo voto da maioria⁵. As idéias, em que se esteia a democracia,

narque; l'oligarchie ne voit que l'intérêt des riches; la démagogie ne voit que celui des pauvres: aucun de ces gouvernements ne s'occupe de l'intérêt *général*. Mais il faut s'arrêter ici un peu plus longtemps, pour dire quel est le caractère de chacun de ces gouvernements et c'est une affaire qui n'est pas sans difficulté. Dans toute espèce de recherche, celui qui approfondit le sujet en philosophie au lieu de ne considérer que la pratique, s'est fait une habitude de ne rien négliger et de ne rien omettre, mais de montrer la vérité dans chaque chose."

5. LIPDON, *A Civilização Democrática*, vol. I, pág. 49, nota 44 destaca da obra de ARISTÓTELES, *Política*, vários passos interessantes, que dão uma clara idéia deste autor sobre a essência da democracia: "1) Mas é uma democracia sempre que o Governo está controlado pelos que são livres, pobres e numerosos." (1.290 b). 2) "Pois se a liberdade e a igualdade existem sobretudo numa democracia como alguns supõem, elas deveriam principalmente ocorrer quando todos tomam parte, plenamente, no Governo da cidade e na mesma base" (1.291 b). 3) "É democrático, pois, que todos deliberem — e sobre tôdas as coisas — visto ser êsse o tipo de igualdade que a *Demos* deseja" (1.298 a). 4) "A democracia nasceu da crença do povo em que, se são iguais em alguma coisa, são iguais em tudo. Por exemplo, todos os que são iguais em não serem escravos, julgam-se iguais em tudo o resto" (1.302 a). 5) "Existem dois pontos pelos quais a democracia parece definir-se: Governo da maioria e liberdade" (1.310 a). 6) "O princípio básico de um sistema democrático é a liberdade. O povo habituou-se a dizer que é essa a única forma de Governo em que tem uma parcela de liberdade e que essa é a finalidade por que tôda a democracia anseia." (1.317 b). 7) "Pois os democratas dizem que a coisa justa é aquela que a maioria decide." (1.318 b).

A democracia antiga se funda, como esclarece JELLINEK, sobre o conceito de identidade entre cidadão e membro ativo do Estado, como também sobre a completa igualdade dos membros do Estado quanto à sua capacidade de natureza publicística. A democracia antiga é, pois, *imediate*, isto é, a comunidade de cidadãos exerce, ela própria, as funções que lhe competem (JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., Berlim, 1922, pág. 719 e segs.).

são a *liberdade*, a *igualdade* e a *fraternidade*. “Liberté, égalité”, sublinha GLOTZ; “c’était proprement la devise des Athéniens; ils y ajoutèrent la fraternité, sous le nom de *philanthropie*.”⁶ Côncios de haverem elaborado um nôvo sistema fundado na vontade do povo e no respeito aos princípios fundamentais da liberdade e da igualdade, louvam os atenienses a originalidade da instituição política de que foram precursores. Um dos documentos em que traduzem mais significativamente o seu gênio político é a famosa *Oração Funebre* proferida por PÉRICLES. Êste notável estadista declara que a grandeza de Atenas provém de suas leis e de seus costumes; foram êles que criaram o heroísmo dos guerreiros; é a êles que cumpre rememorar para compreender a ação de Atenas. E justifica a sua assertiva, acrescentando: “Temos uma Constituição que não se modelou em nenhuma outra, mas que é, antes, um modêlo para as outras. Seu nome é democracia, porque ela visa ao interêsse não de uma minoria senão do maior número. Seu primeiro princípio é a igualdade. Na vida privada a lei não distingue entre os cidadãos; na vida pública nem a fortuna nem a situação social atribui qualquer privilégio. É o valor pessoal dos indivíduos, ricos ou pobres, que lhes confere influência. A igualdade, assim entendida, não prejudica a liberdade. Nem a lei nem os costumes fiscalizam tirânicamente a atividade e os prazeres dos cidadãos. Mas a liberdade dos indivíduos tem por limites os direitos do Estado, as obrigações da disciplina cívica. A ordem pública exige a submissão às autoridades estabelecidas, a obediência às leis, nomeadamente às leis da fraternidade que asseguram a proteção dos fracos e às leis não escritas que emanam da consciência universal.”⁷

6. GLOTZ, *La Cité Grecque*, Paris, 1953, pág. 166.

7. Excerto do discurso de Péricles, reconstituído e comentado por TUCIDIDES, *Historiae*, II, 37 e segs. (Cf. também CROISSET, *As Democracias Antigas*, pág. 76 e segs.; GLOTZ, *La Cité Grecque*, pág. 167 e seg.; GUIDO FASSÒ, *La Democrazia in Grécia*, pág. 114 e seg.).

Eis aí, em rápido bosquejo, o que nos legou a sabedoria política dos gregos.

VI. Doutrinas que preparam o advento da democracia moderna.

A democracia, que ensaia a sua primeira e gloriosa experiência em Atenas no século V antes de Cristo, entra pouco depois em declínio, dilatando-se-lhe por largo tempo o ocaso. A Idade Média, devido à organização de sua sociedade, não conheceu uma constituição democrática; apenas alguns bruxoleios de idéias democráticas repontavam com freqüência, tentando dar à monarquia fundamento democrático, ou exaltando a democracia como a melhor forma de govêrno, sem afirmar, contudo, a soberania do povo ou que o Estado deriva de manifestação de sua vontade. Estas idéias renascem em consequência das doutrinas políticas agitadas pelas lutas da Reforma⁸. Mas as doutrinas que preparam o auspicioso êxito da democracia são a do *contrato social* e a do *jus naturalismo*.

O significado essencial da doutrina do *contrato social*, como ensina DEL VECCHIO, consiste em demonstrar que o poder político emana do povo. Êste é que detem o direito soberano. Ora, se se admitir que o govêrno recebe do povo a sua autoridade, fácil será sustentar que o povo pode sempre, a seu alvedrio, revogar o poder conferido,

8. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3.^a ed., pág. 721. "Abstraindo-se de constituições germânicas antiquíssimas que foram democráticas, enquanto lhes faltou a base social para dar vida a instituições aristocráticas e monárquicas, como também de constituições de alguns agrupamentos agrícolas que permaneceram livres, tudo o que na Idade Média, nos povos germânicos, se faz passar por democracia nada mais é do que república aristocrática ou monárquica. Ainda a literatura quando fala, sob a influência de concepções antigas, do *populus*, não encara tôda a comunidade do povo, antes as classes sociais dominantes."

especialmente quando o govêrno descumpre as obrigações assumidas no pacto⁹. Por outro lado, a doutrina *jusnaturalista* manifesta-se, no século XVIII, sobretudo na sua modalidade individualista. Todo homem, assinala MARCELO CAETANO, pelo mero fato do nascimento, seria titular de interêsses sagrados que os outros homens, individual ou coletivamente considerados, deveriam respeitar para assegurar o respectivo desenvolvimento. Êsses interêsses traduzem-se em *direitos individuais naturais*, anteriores e superiores à sociedade política. O Estado não os confere; reconhece-os. A sociedade não os cria; declara-os. Não há, pois, uma lei que manifeste a vontade geral de atribuir tais direitos ao homem; desde que êstes provêm da natureza, a vontade humana nada pode e apenas à razão cabe descobri-los para os enumerar ou declarar. O legislador, mesmo constituinte, deve acatamento e respeito a tais imperativos da natureza, pois o Estado, ao constituir-se, tem de contar com êles e de partir dêles¹⁰.

As antigas colônias americanas recolheram e desenvolveram estas idéias que estavam na base de sua formação política¹¹. A declaração de Direitos de Virgínia dizia: That all power is vested in, and consequently derived from the people; that magistrates are their trustees and servants,

9. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 5.^a ed., pág. 46. A idéia do *contrato social*, que tivera realce na doutrina dos sofistas gregos, nomeadamente na de EPICURO, readquire nôvo esplendor no pensamento de MARSILIO DE PADUA, que escreve: “convenerunt enim homines ad civilem communitatem et vitae sufficientiam consequentiam et opposita declinadum.” (MARSILIO DE PADUA, *Defensor Pacis*, l. 12. 7). Esta teoria dominará até fins do século XVIII, concebida e posta de maneiras diversas por diferentes escritores, dando lugar às mais variadas conseqüências e aplicações práticas (DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 45).

10. MARCELO CAETANO, *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, 3.^a ed., Coimbra, 1959, vol. I, pág. 273.

11. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 722.

and at all time amenable to them (art. II). Todavia só a partir do século XVIII floresce a idéia de democracia, alcançando a sua plenitude após a independência dos Estados Unidos e o triunfo da Revolução Francesa. Embora se tivesse adaptado a impérios e repúblicas, nações ricas e pobres, países grandes e pequenos, Estado unitário e federal, regime parlamentar e presidencial, nunca se apresentou segundo um *modelo real e predeterminado*. Reveste-se de diferentes formas, que lhe qualificam a estrutura do Governo, o sistema de funcionamento e as relações entre indivíduos e Estado. Algumas vêzes a democracia é identificada com o individualismo liberal; outras vêzes, com o socialismo cristão; e não raro até com o marxismo, à maneira do que passa nas chamadas “*democracias populares*”¹². Mas, para se compreender bem a democracia, é necessário encará-la em sua *essência* e em sua *experiência histórica*. Esta revela o que *foi* e o que *é* nas diferentes expressões que recebeu; aquela indica o que *deve ser* como concepção pura de um ideal. A democracia não é um conceito apriorístico oriundo de conjecturas especulativas¹³. É antes um fato cultural. Por isso o

12. Cf. LIPSON, *A Civilização Democrática*, vol. I, pág. 16 e segs.

13. CABRAL DE MONCADA, *Problemas de Filosofia Política*, pág. 56. Observou Kelsen que “não se pode entender o problema tão próprio e característico da democracia senão através da antítese entre *ideologia* e *realidade*.” (KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1963, pág. 14). Estas duas perspectivas podem dar as dimensões fundamentais da democracia, mas certamente não lhe esgotam a amplitude do tema. Disso teve consciência BURDEAU, ao dizer que para uma análise profunda e completa, é preciso ser alternativamente historiador para compreender como se formou a idéia democrática, sociólogo para estudá-la em suas raízes no grupo social, economista para dar conta dos fatores materiais que agiram sobre sua evolução, psicólogo para surpreender, nas representações dos indivíduos, a fonte da energia de que se nutre, teorizador político para investigar a incidência de sistemas e doutrinas, jurista, enfim, para definir as instituições assim privadas como públicas em que ela se concretiza.” (BURDEAU, *La Démocratie*, pág. 9 e seg.).

conhecimento dessa realidade, que constitui objeto da filosofia política, não deve transportar o observador para um mundo de meras abstrações; procura, ao contrário, pô-lo em contáto com os dados da experiência. Tão importante é comparar a democracia com outros regimes políticos como verificar as diferenças entre os vários sistemas democráticos, assinalando neles o que há de variável ou permanente, de transitório ou imperecível, de precário ou consistente; em suma, descobrir em que medida a democracia mudou no decurso de sua evolução e até que ponto pode ser alterada sem sacrifício de seus caracteres essenciais¹⁴.

Examinando a realidade democrática nos dois últimos séculos, vemos que a primeira experiência teve lugar sob a forma de *liberalismo político*.

VII. A democracia política.

Os teóricos dos fins do século XVIII e primórdios do século XIX reafirmaram, como postulados da democracia, o governo do povo pela vontade da maioria, assegurados os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Os pensadores mais importantes, cujas doutrinas contribuíram para o triunfo da democracia política, foram LOCKE, ROUSSEAU e MONTESQUIEU¹⁵. Para LOCKE, o Estado foi instituído para garantir a liberdade como um dos direitos inalienáveis da pessoa¹⁶. Segundo ROUSSEAU, o

14. LIPSON, *A Civilização Democrática*, vol. I, pág. 18.

15. CABRAL DE MONCADA, *Problemas de Filosofia Política*, pág. 86, lembra que dois fatos históricos exerceram influência decisiva na formação da democracia política: a revolução inglesa de 1688 e a revolução francesa de 1789. O teórico da primeira foi LOCKE, o teórico da segunda foi ROUSSEAU.

16. JOHN LOCKE, *The Second Treatise of Government*, cap. VI, n.º 57: "So that, however it may be mistaken, the end of law is, not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom".

homem nasce livre, mas por tôda parte se acha agrilhado. Ora, encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes, tal é o problema que o *contrato social* se propõe solucionar¹⁷. O sistema construído pelo liberalismo se inspira, por outro lado, “na necessidade de outorgar uma série de freios destinados a garantir a liberdade e a propriedade individuais”¹⁸. Para conseguir êste resultado, MONTESQUIEU preconiza, como uma das medidas mais eficazes, o sistema de separação dos poderes. “L’esprit du système de la séparation des pouvoirs consiste à introduire une série compliquée de contrepoids mécaniques dont le but est de garantir par un équilibre politique la liberté individuelle. C’est pour cette raison que le libéralisme s’est avéré aussi

■

17. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, cap. I: “L’homme est né libre, et partout il est dans les fers. Tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d’être plus esclave qu’eux. Comment ce changement s’est-il fait? Je l’ignore. Qu’est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question.” e cap. VI: “Trouver une forme d’association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s’unissant à tous n’obéisse pourtant qu’à lui-même et reste aussi libre qu’ auparavant. “Tel est le problème fondamental dont le contract social donne la solution.”

18. LEIBHOLZ, *Archives de Philosophie de Droit e de Sociologie Juridique*, 1936, ns. 3 e 4, pág. 137. MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois*, livro XI, cap. VI: “Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait les lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends de particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l’autre, simplement la puissance exécutive de l’Etat.”

actif dans le cadre de la monarchie constitutionnelle. Le fait qu'une quantité d'institutions représentatives se contrôlant mutuellement participaient à la formation de la volonté étatique, créait dans la pratique une garantie efficace contre les ingérences arbitraires dans le domaine de la liberté individuelle¹⁹.

A doutrina desses autores sublima a liberdade, elevando-a até o paroxismo da mística. A liberdade foi, portanto, como assevera CABRAL DE MONCADA, a primeira grande paixão da democracia²⁰.

Mas as esperanças nesse tipo de democracia logo se desvaneceram. Na primeira metade do século XIX surge o capitalismo industrial, que propicia a formação das grandes riquezas, concentrando-as nas mãos de poucos, enquanto as massas cada vez mais empobrecidas eram exploradas por um patronato cruel. A idéia de liberdade, posta a prova, mostra que, no plano político, o sufrágio universal era inoperante para enfrentar a poderosa organização capitalista da burguesia; no plano econômico, deixava o trabalhador exposto às especulações da lei da oferta e da procura, que transforma o trabalho em mercadoria; no plano social, a ausência de qualquer intervenção do Estado frustra a *harmonia preestabelecida*, em que os otimistas assentam o equilíbrio das relações humanas; no plano religioso, laicizou o Estado, separando-o da Igreja e não cuidando da parte espiritual do homem, já que lhe era indevassável o fôro íntimo.

O malôgro da democracia liberal, pouco depois do seu assinalado êxito, foi determinado, todavia, por causas alheias à sua natureza. O surto do industrialismo, a formação da burguesia oriunda do Terceiro Estado, a propagação de uma consciência pragmática, utilitarista e, por que não dizer, quase materialista, ávida de lucros e pra-

19. LEIBHOLZ, *op. cit.* pág. 137.

20. CABRAL DE MONCADA, *Problemas de Filosofia Política*, pág. 85.

zeres, a redução dos salários, o desemprego e o excesso de horas de trabalhos, — nada disto previram os teóricos que exaltaram as excelências da democracia liberal; mas tudo isto concorreu para criar as condições econômicas e sociais, que possibilitaram o lançamento do manifesto comunista de 1848, a publicação da Encíclica *Rerum Novarum* e o triunfo da Revolução Russa de 1917.

A circunstância de haver entrado em declínio a democracia política que, durante largo tempo, constituiu esperança das nações como forma de governo do povo, não significa que a sua fórmula tivesse sido mal construída, antes que a conjuntura econômica e social acarretasse profundas alterações nas relações humanas, dando lugar a novos problemas não cogitados anteriormente. Constitui, portanto, grave injustiça não reverenciar aquêles que tanto porfiaram por encontrar uma fórmula capaz de organizar a sociedade política, a fim de realizar o bem estar geral. BURDEAU diz que “se é provável que sua fórmula (da democracia clássica) esteja hoje perempta, seria injusto não saudar nela uma das construções mais satisfatórias, que compraseram o espírito dos homens.”²¹

A liberdade, em nome da qual nasce a primeira forma da democracia moderna, já não resplandece com mesmo brilho com que é louvada na pregação dos doutrinadores. O aparecimento da *questão social* mudara os termos do problema. A paixão da liberdade, defendida com ardor, devia ser parcialmente sacrificada em seu próprio benefício, aceitando limitações para que se não compromettesse totalmente.

E o Estado, que inicialmente era não-intervencionista, passa a regular as relações entre o capital e o trabalho, garante aos operários condições de subsistência, admite o direito de greve e institui o seguro social. E tudo isso à custa da liberdade, que sofre restrições sempre maiores.

21. BURDEAU, *La Démocratie*, pág. 36.

VIII. A democracia popular.

Substancialmente diverso da democracia clássica acima descrita, surge na Rússia Soviética e em alguns Estados socialistas europeus nôvo regime político, batisado enfáticamente com o nome de *democracia popular*. Já se tem dito que, se a democracia política é a democracia da liberdade, a democracia popular é a democracia da igualdade²². O que se infere do cotejo entre essas duas formas é que a igualdade foi elevada nas democracias populares à eminência de outra paixão da democracia. A idéia de igualdade esteve também presente no berço da democracia política; mas a desigualdade entre os homens, gerada por condições econômico-sociais, produziu um *ressentimento* nas massas, facilitando a propaganda marxista-leninista, que erigiu a igualdade em palavra mágica capaz de fanatizá-las. O *complexo de ressentimento* foi hábilmente explorado pela propaganda socialista, que julgou, através da promessa de igualdade, poder libertar as massas, que contemplam angustiadas o contraste entre a sua miséria econômica e a riqueza dos poderosos²³. A igualdade, que os teóricos da Revolução Francesa põem ao lado da liberdade e da fraternidade como a trilogia do mais puro dos ideais, já hoje é fonte de ódio e de vingança²⁴. Produziu a rebelião das massas. E a rebelião das massas engendrou uma massa de rebeliões.

22. BITTAR, *Da Essência do Regime Democrático*, pág. 7.

^{(23) 23.} CABRAL DE MONCADA, *Problemas de Filosofia Política*, pág. 95.

24. Sôbre o conceito de igualdade e o sentido que tem nos países democráticos e nas chamadas democracias populares, ver: PAULINO JACQUES, *Da Igualdade perante a Lei*, pág. 7 e segs., nomeadamente pág. 101 e segs.; PALADIN, *Il Principio costituzionale d' Eguaglianza*, pág. 93 e segs.; COLORNI, *L' Eguaglianza come Limite della Legge*, pág. 91 e segs.

As democracias populares perfilham o marxismo como sua filosofia, sua organização política e sua estrutura econômica. O marxismo é anunciado como a ideologia dos trabalhadores no seu esforço de libertação. MARCEL OLIVIER, prefaciando a obra de MAX BEER para a edição francesa, ressalta que “a doutrina marxista não é somente uma doutrina social, que o proletariado deve assimilar para realizar a sua libertação. É, de alguma forma, a própria ideologia do proletariado em luta pela sua liberdade”²⁵. O marxismo, no entender do seu fundador e dos seus sequazes, não é, portanto, apenas uma mensagem ao proletariado, incitando-o a sublevar-se contra a burguesia e a abater o sistema capitalista; aspira a ser uma nova concepção do homem, uma nova filosofia da vida, uma nova economia política, uma construção definitiva para a futura sociedade do mundo, sem luta de classes, sem propriedade privada, sem exploração do proletariado pela burguesia.

Sob o aspecto filosófico, MARX se filia a HEGEL e a FUERBACH. Do primeiro herdou o método dialético; do segundo, o materialismo. MARX não os segue, porém, como discípulo fiel; supera-os, construindo uma doutrina nova e original. A circunstância de elaborar seu pensamento, partindo das lições dos dois filósofos, nada tem de estranho. A filosofia européia mantém, de ordinário, um vínculo com o passado, ainda quando procura afastar-se dele. Nesta linha de evolução de idéias MARX é a um tempo um elo e uma rutura.

Segundo a dialética hegeliana, o processo de desenvolvimento das coisas obedece à lei da afirmação, da negação e da síntese. A contradição é a raiz da vida e de todo desenvolvimento. Não é senão na medida em que uma coisa contenha em si o germe de uma contradição que essa coisa vive e age. Todas as coisas, seja qual fôr a

25. MARCEL OLIVIER, prefácio em MAX BEER, KARL MARX, trad. bras. de MENOTTI DEL PICCHIA, Ed. Nac. 1934, pág. VIII.

espécie — sêres reais ou criações da inteligência, representam modos da idéia absoluta numa indefinida evolução, que consiste em afirmar-se, opor-se e compor-se²⁶.

MARX aceita o método dialético, mas reage vigorosamente contra o idealismo hegeliano. “O meu método dialético”, escreve, “não difere sòmente pela base do método hegeliano; é mesmo exatamente o seu oposto. Para HEGEL, o movimento do pensamento, que personifica sob o nome de idéia é o demiurgo da realidade, que é apenas a forma fenomérica da Idéia. Para mim, pelo contrário, o movimento do pensamento é apenas a reflexão do movimento real, transportado e transposto para o cérebro do homem... mas, embora HEGEL, graças ao seu equívoco, tenha desfigurado a dialética pelo misticismo, não deixou de ser êle o primeiro que a expôs no seu movimento de

26. Cf. MARX, *Misère de la Philosophie*, pág. 152 e seg.; ETCHVE-
RY, *O Conflito Atual dos Humanismos*, pág. 158. HEGEL, *A Ciência
da Lógica*, 1.^a parte, pág. 66 e segs. diz: “Não é senão a razão pen-
sante que exacerba em contradição a variedade e a diferenciação das
coisas, porque não é senão quando essa contradição atinge um estado
crítico que as variações entram em conflito umas com as outras e
recebem a negatividade, que constitui o pulso da vida. Não é senão
pelo choque dos contrários, que o processo de desenvolvimento se torna
possível e atinge um nível superior ao da contradição. Mas, lá, onde
a fôrça de desenvolvimento da contradição falha, o sêr ou a coisa que
se contradiz morre por fôrça desta contradição.” (Cf. MARX BEER, *op.
cit.* pág. 15). HEGEL observou em outro passo da mesma obra, (livro I,
Introdução) que a “única coisa necessária para realizar o progresso
científico é a compreensão desta lei lógica, segundo a qual o negativo
é igualmente positivo, ou, segundo a qual, o que é contraditório não
se resolve em zero, no nada abstrato, mas sòmente na negação do seu
conteúdo. Resultado: a negação, sendo uma negação determinada, tem,
igualmente, um conteúdo determinado. É um nôvo conceito, mas um
conceito mais elevado, mais rico que o precedente, porque se enriqueceu
com sua negação ou com seu contrário. Êle o contém pois, mas, contém
também algo mais do que a êle, pois que contém a si próprio, assim
como ao seu contrário. É assim que se constitui o sistema dos con-
ceitos, e que se desenvolve em uma marcha incessante, sem nenhuma
intervenção exterior.” (Cf. MARX BEER, *op. cit.* pág. 16).

conjunto. Nele, a dialética, está ao contrário; basta indiretamente para lhe achar uma fisionomia perfeitamente racional”²⁷.

FUERBACH influi no pensamento de MARX, abrindo-lhe a perspectiva do ser real, vivo e concreto. Um ser espiritual é uma pura ficção. “Existir espiritualmente”, observa FUERBACH, “é existir simplesmente no pensamento ou na fé”²⁸. FUERBACH se preocupa com o homem como *ser natural*, divorciado de qualquer sujeição à divindade.

MARX adere ao *naturalismo*, ou mais propriamente ao *materialismo* de FUERBACH, mas não se contenta com a fundamentação dada pelo filósofo. Procura explicar, segundo o método dialético, a matéria, os antagonismos gerados pelo regime de produção. E só na infra estrutura encontra o significado real para a vida humana. “Sendo assim, a moral, a religião, a metafísica e as outras ideologias, assim como as formas da consciência, que lhes correspondem, já não conservam por muito tempo, a aparência da autonomia. Não têm história. Não têm evolução. São os homens, ao desenvolverem sua produção material e seu comércio material, que modificam ao mesmo tempo, tanto essa realidade (extramental) como o seu próprio pensamento e os produtos deste. Não é a consciência que determina a vida, é a vida que determina a consciência”²⁹.

Com esta construção de MARX, bem se vê que êle sobreexcede FUERBACH e HEGEL. MARX o percebe claramente, ao afirmar que HEGEL crê num dinamismo, que não é real; FUERBACH crê num real, que não é dinâmico³⁰. MARX chega assim ao ateísmo. “O ateísmo”, escreve MARITAIN, “é, em

27. MARX, *Le Capital*, vol. I, pág. 350 e seg.; ETCHEVERY, *op. cit.* pág. 159; MARITAIN, *A Filosofia Moral*, pág. 236.

28. FUERBACH, *Essence du Christianisme*, pág. 241.

29. MARX, *L'Ideologie Allemand*, trad. MOLITOR, vol. IX, pág. 64; *Crítica da Economia Política*, prefácio.

30. ETCHEVERY, *op. cit.*, pág. 143.

MARX, um dado primordial, cuja noção, filosoficamente elaborada, recebera de FUERBACH, mas que tinha para êle um valor axiomático”³¹.

Sob o aspecto econômico, MARX procura demonstrar que a história de tôda sociedade existente até hoje tem sido a história das lutas de classes. Os socialistas, que o precederam, como SAINT-SIMON, FOURIER, OWEN e outros, reconheceram o antagonismo de classes e a ação dos elementos dissolventes na própria sociedade reinante. Mas o proletariado ainda em formação lhes parece uma classe sem qualquer iniciativa histórica ou qualquer movimento político independente. MARX descobre, porém, o papel que estava reservado ao proletariado na revolução social³².

A moderna sociedade burguesa, surgida das ruínas da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classe; apenas estabeleceu novas classes, novas condições de opressão, novas formas de lutas em lugar das velhas³³. Mas a burguesia não forjou apenas as armas que representam a sua morte; produziu também os homens que manejam essas armas — o operariado moderno — os proletários. Na mesma proporção em que a burguesia, ou seja, o capital, se desenvolve, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos trabalhadores modernos, que só podem viver se encontrarem trabalho e só encontram trabalho na medida em que êste aumenta o capital. Êsses trabalhadores, que são obrigados a vender-se diariamente, não passam de uma mercadoria, um artigo de comércio, sujeitos, portanto, às vicissitudes da concorrência, às flutuações do mercado³⁴.

31. MARITAIN, *Filosofia Moral*, pág. 242.

32. MARX-ENGELS, *Manifesto Comunista*, III, n.º 3 (Cf. HAROLD LASKI, *O Manifesto de 1848*, pág. 120).

33. MARX-ENGELS, *Manifesto Comunista*, I. (Cf. H. LASKI, *op. cit.* pág. 94).

34. MARX-ENGELS, *Manifesto Comunista*, I (H. LASKI, *op. cit.* pág. 99).

MARX e ENGELS vêm que os choques entre as classes da velha sociedade favorecem de diversas maneiras o desenvolvimento do proletariado. A burguesia vive em guerra perpétua; primeiramente com a aristocracia; mais tarde com os setores da própria burguesia, cujos interesses entraram em conflito com os progressos da indústria; em tôdas as épocas com os burgueses dos países estrangeiros. Nessa luta vê-se obrigada a apelar para o proletariado, em busca de auxílio, arrastando o povo para a arena política. A própria burguesia fornece, portanto, ao proletariado os elementos de sua politização, em outras palavras, as armas contra ela própria. De tôdas as classes que hoje se defrontam com a burguesia, apenas o proletariado é uma classe realmente revolucionária. As outras classes decaem e por fim desaparecem com o desenvolvimento da indústria moderna, mas o proletariado é o seu produto mais autêntico³⁵.

Os dois autores prosseguem, sustentando que tôdas as classes, que anteriormente conquistaram o poder, procuraram fortalecer o seu “*status*”, subordinando tôda a sociedade às suas condições de apropriação. Os proletários não podem apropriar-se das fôrças produtivas sem abolir a forma de apropriação que lhes era própria e, portanto, tôda e qualquer forma de apropriação. Nada tem de seu a salvar; sua missão é destruir tôdas as garantias e seguranças da propriedade individual. Assim, o fito imediato dos comunistas é: a) — constituir os proletários em classe; b) — derruir a supremacia burguesa; c) — conquistar o poder político pelo proletariado³⁶.

Sob o aspecto político, “a primeira fase da revolução operária é guerrear o proletariado à posição de classe domi-

35. MARX-ENGELS, *Manifesto Comunista*, I (H. LASKI, *op. cit.* pág. 102 e seg.).

36. MARX-ENGELS, *Manifesto Comunista*, I e II (H. LASKI, *op. cit.*, pág. 105).

nante, à conquista da democracia”³⁷. Senhoreando-se do poder, o proletariado promoverá a transformação da sociedade comunista. Esta transformação “corresponde a um período político de transição, cuja forma do Estado é a ditadura revolucionária do proletariado”³⁸. A ditadura do proletariado é, pois, o Estado do proletariado, em que êste exerce o poder, a fim de construir uma sociedade sem classes, ou em outras palavras, em que serão suprimidas tôdas as classes. Quando MARX alude, no manifesto comunista, à conquista da democracia, não quer significar o triunfo dêste regime como o entenderam os publicistas do século XIX. A expressão é entendida como equivalente de proletariado³⁹. MARX aconselhou, finalmente, o emprêgo do terrorismo como método de ação revolucionária. Escrevendo na *Nova Gazeta Renana*, a 6 de novembro de 1848, dizia: “Ai dos vencidos! Os massacres das jornadas de junho e de outubro persuadirão os povos de que há um único meio: o terrorismo revolucionário”⁴⁰.

Embora MARX tivesse criado uma doutrina *una*, visando a instituir a sociedade comunista sem propriedade privada, sem luta de classes e sem exploração do homem pelo homem, já do marxismo se pode dizer que há várias doutrinas, formando concepções que vão desde à fidelidade ao pensamento do fundador até a revisão de suas teorias que alcança dia a dia considerável progresso⁴¹. Não sendo possível, nos estreitos limites de um discurso, criticar em tôda a extensão a doutrina filosófica, econômica e política de MARX tentaremos pelo menos apreciar alguns de seus

37 MARX e ENGELS, *Manifesto Comunista*, II (Cf. H. LASKI, *op. cit.*, pág. 112).

38. Cf. MAX BEER, *op. cit.*, pág. 131.

39. Cf. MAX BEER, *op. cit.* pág. 133.

40. Cf. MAX BEER, *op. cit.* pág. 92.

41. Sobre a revisão de MARX, ver: MARLINO, *Revisione del Marxismo*, Bologna, 1945, pág. 21 e segs.; LOUIS SOUBESI, *Le Marxisme après Marx*. Ed. Aubier-Montaigne, 1967.

aspectos fundamentais, tomando em consideração, como dados da vida real, a experiência realizada na Rússia Soviética e nas chamadas *democracias populares*. Para chegar a uma nova civilização que liberte o homem da ignomínia e dos horrores da exploração capitalista⁴², têm sustentado os marxistas-leninistas que é indispensável criar um tipo de Estado que prossiga na luta até a implantação da sociedade comunista, que perdurará enquanto o regime capitalista ainda continuar a ser um perigo e uma ameaça. As chamadas democracias populares adotaram tal concepção do Estado, substituindo a idéia de liberdade pela de igualdade. “Para MARX e ENGELS”, escreve BURDEAU, “o Estado não é nem a nação organizada pelos publicistas liberais, nem um efeito da dissociação das funções como creem os sociólogos. É um produto do antagonismo das classes. Instrumento de coação necessário para manter na subordinação os elementos sociais insatisfeitos, é o resultado do açambarcamento da função dirigente pela classe burguesa que a utiliza como meio de opressão. Esta classe usurpou o poder, graças à sua superioridade econômica e o Estado burguês traz o estigma dessa origem. E por mais que pretenda ser a expressão de toda sociedade e seus governantes tentem colocar-se acima das potências econômicas para lhes controlar os apetites, êle permanece antes fundado sobre a oposição das classes. Em consequência esperar-se-á em vão dêste Estado que tome a iniciativa de eliminar as relações de subordinação, pois que, agindo assim, renunciaria a sua razão de ser. Não se pode conceber a liberdade do individuo senão com o desaparecimento do Estado. Então, o problema da identificação dos governados com os governantes que as instituições democráticas procuram resolver e em face das quais naufragam, não se porá mais...”⁴³.

42. LENIN, *L'Etat et la Revolution*, pág. 82.

43. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 75 e seg.

Quem ler na Constituição soviética o capítulo referente aos direitos individuais e procurar compará-lo com a Declaração dos Direitos do Homem proclamada pela Revolução Francesa, verificará que há entre êles uma certa analogia, excluindo òbviamente a propriedade privada que nesta foi considerada sagrada e inerente à pessoa, enquanto que naquela é abolida, pertencendo ao Estado. Na Constituição soviética se fala de liberdade, de igualdade e de justiça social. Mas em que consistem tais franquias? A resposta nô-la dá BURDEAU: “De um lado é claro que as liberdades enumeradas pela constituição não podem ser exercidas num sentido que seria contrário ao espírito do regime. Esta proibição, latente no capítulo X da Constituição soviética (ver art. 131), é expressamente formulada nos textos constitucionais das democracias populares. Ninguém pode usar dos direitos senão para reforçar a ordem democrática popular. Trata-se então de liberdade suscetível de um único sentido, pela participação ativa que ela implica por parte de seus titulares de perfazer a homogeneidade da sociedade socialista, mas não de introduzir um fermento de divisão”⁴⁴.

O que se infere daí é que a Constituição soviética limita as liberdades individuais justamente no ponto em que as democracias ocidentais as ampliam, não permitindo senão o *direito de louvar* o regime que instituiu e julga inalterável, enquanto que nestas o *direito de criticar* é da essência do poder de corrigir os males do regime e aperfeiçoar-lhes as instituições. Na Rússia e países socialistas são permitidas tôdas as liberdades a favor do Estado; nenhuma, porém, contra. A ninguém é lícito propor alteração do regime político; a ninguém é lícito dissentir dos princípios em que se funda o Estado; a ninguém é lícito divergir do pensamento dos chefes do partido dominante. Se o regime é intangível, daí se segue que a liberdade é

44. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 127.

limitada, sendo defeso à pessoa o direito de promover a melhoria do sistema, porque qualquer proposta seria havida como crime e não como cooperação. A estatização das doutrinas marxistas significa, portanto, a eleição de um paradigma oficial, que tolhe o espírito criador e embota a sensibilidade política.

Para impor a sua ideologia, serve-se o marxismo do “partido único” que, sob a alegação de eliminar a luta de classes, se erige em *nova classe*, a classe que governa, que dita as leis, que exerce a pressão. BURDEAU, referindo-se ao partido comunista, observa: “L’existence du parti unique est assurément le trait caractéristique du régime marxiste. C’est vers elle que convergent finalement toutes les critiques dirigées, au nom de la liberté, contre le système soviétique. Sans minimiser l’importance capitale de la controverse, il est utile d’observer qu’elle n’est généralement pas portée sur son véritable terrain: il est rationnellement impossible de limiter les objections au parti, car il n’est pas une particularité de la démocratie marxiste, il en est l’essence. En régime communiste, la pluralité des partis est plus inconcevable que le rétablissement de l’appropriation privée des moyens de production”⁴⁵.

A Constituição soviética, no artigo 126, preceitua que os cidadãos mais ativos e conscientes das classes obreiras se unam no partido comunista, guarda avançada dos trabalhadores na sua luta para o desenvolvimento do regime socialista e dirigente de toda a organização dos trabalhadores. O partido exerce o seu domínio sobre todos os setores, desde a literatura até a filosofia⁴⁶. No regime marxista desapareceu, pois, qualquer oposição de tendência quanto ao sistema político desejável.

45. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 134 e seg..

46. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 137.

IX. A democracia social.

Entre os extremos do liberalismo político do século XIX e das ditaduras do proletariado do século XX nasce um novo regime, conhecido por democracia social. Diante da pregação marxista, que considera a luta de classes com a causa primordial da exploração dos trabalhadores, verificaram os publicistas, filósofos e pensadores que, não sendo possível salvar a liberdade em sua pureza originária, era necessário salvar pelo menos a democracia. Já lembramos que a primeira grande paixão da democracia fôra a liberdade. Mas uma paixão se substitui por outra. A concepção individualista dos direitos humanos, diante dos tremendos sucessos dos últimos cem anos, foi cedendo lugar a uma concepção dos direitos sociais⁴⁷. A democracia evolve, de sua forma originária eminentemente *política*, como apregoara o liberalismo da Revolução Francesa, para uma nova forma *social*, reclamada pelas necessidades inelutáveis dos tempos modernos.

Esta sucessão não repugna à essência do regime, porque o povo, sendo soberano, pode optar pela mudança da forma, desde que fiquem preservados os princípios fundamentais da democracia. A democracia política supõe o indivíduo como centro e medida de todas as coisas. Mas, tendo a experiência demonstrado que ele já não é capaz, por si só, de se defender no plano político e econômico, não lhe resta outra alternativa senão recorrer ao próprio Estado para assisti-lo, para ampará-lo, para tutelá-lo. Foi então que, por necessidade, renunciou abnegadamente a uma parte das conquistas individuais obtidas com grande empenho, apelando para que o Estado lhe desse segurança na luta pela subsistência, já que não se sentia com força para sozinho enfrentar os problemas da vida.

47. RUI BARBOSA, *Campanha Presidencial*, pág. 123.

A democracia social não significa, porém, uma ruptura com a democracia política, mas a sua natural continuação, o aperfeiçoamento de suas instituições tradicionais, a limitação da liberdade de poucos em benefício da ampliação dos direitos de muitos. “Como a democracia clássica”, diz BURDEAU, “a democracia social repousa sobre os direitos do homem. Só que ela os concebe diferentemente. Os direitos, como os enunciou a Declaração de 1789, são faculdades inerentes ao indivíduo e de que lhe pertence só a faculdade de os usar. Em face do Estado, os direitos não têm outra virtude senão a de serem invioláveis. Eles o incitam antes à abstenção do que à ação e aí está por que esses direitos protetores da liberdade constituem o fundamento da democracia liberal. Ao contrário, no contexto de idéias em que se situa a democracia social, os direitos são exigências; seu conteúdo é determinado em função de uma necessidade, de que são a consequência jurídica”⁴⁸. E prossegue: “O direito do homem não é então mais a delimitação de uma faculdade que lhe é inata ou a proteção de uma prerrogativa de que goze. Ele é a medida de uma necessidade, desta mesma necessidade que, se não é provida, obsta a que o homem alcance a plenitude do seu ser. O direito chega assim a coincidir com a exigência de um *minimum vital*, entendida esta expressão não no plano restrito da remuneração do trabalho, mas no sentido mais amplo que lhe confere sua aplicação a todas as necessidades materiais e espirituais da criatura”⁴⁹.

Esta nova categoria de direitos, denominados *direitos sociais*, resulta da nova posição do homem, considerado não mais *individualmente* um em face do outro, mas como titular de direitos em face da sociedade, que tem por seu turno deveres para com os membros que a integram. Dai

48. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 64 e seg.

49. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 64 e seg.

o nome de *democracia social*, com que foi qualificado o regime que protege os direitos do homem⁵⁰.

A tendência da democracia social se manifesta sobretudo no anseio de realizar, através do Estado, uma política de *prosperidade para todos*⁵¹. Sob êste aspecto, as grandes experiências feitas nos Estados Unidos, na Alemanha, na França, na Itália e na Inglaterra revelam o surpreendente esforço dos governos no sentido de assegurar possibilidades iguais, melhoria do padrão de vida, proteção aos trabalhadores contra os riscos do desemprego, assistência à infância e amparo à velhice. E tudo isso foi possível atingir sem alterar substancialmente a estrutura do Estado, isto é, por um *lento processo evolutivo* que afasta o *surto revolucionário violento* preconizado pelas esquerdas. Mantém-se a ordem social fundada sobre a idéia de livre empresa, de iniciativa individual e de espírito de competição. Todavia, a livre empresa não é mais um feudo de grupo, que procura enriquecer-se à custa dos trabalhadores, antes uma organização democrática em que se integram os operários, participando quer de sua direção, quer dos lucros que proporciona. A iniciativa é o estímulo ao desenvolvimento da pessoa humana, assegurando-lhe as condições de progresso em reconhecimento de seus méritos próprios. Ela serve, pois, como incentivo, fazendo com que o interesse individual concorra para a realização do

50. Diversamente das constituições do século XIX, elaboradas sob a inspiração das idéias do liberalismo, as constituições européias do século XX reconhecem e proclamam solenemente os direitos sociais (Cf. Albânia, art. 5 e segs.; Alemanha Ocidental, arts. 12 e 74; Alemanha Oriental, arts. 15 e segs.; Bulgária, arts. 14, 72 e 74; Espanha, art. 24 e segs.; Finlândia, art. 6; França, preâmbulo; Hungria, arts. 4, 45 e 48; Irlanda, art. 40; Portugal, arts. 34 e segs.; URSS, arts. 118 e segs.

51. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 71: “Expressão do bem estar para todos, a democracia social é um produto da livre empresa, da iniciativa individual, da concorrência. Só que, sobrevindo uma crise, logo os olhos se voltam para o Estado.”

bem estar geral. E, finalmente, o espírito de competição deixa de ser uma fôrça de egoísmo para se transfigurar em poderosa virtude de criação de riquezas. Difunde-se, portanto, através dêsse sistema, o primado do *social* sôbre o *individual*, sem que êste se revolte para destruir aquêlê. Antes eram poucos que, movidos pelo sentimento de *cari-dade*, protegiam muitos; hoje são muitos que, inspirados pela idéia de justiça social, amparam os poucos menos afortunados.

Assim, o bem estar, que a democracia social promove, só pode realizar-se pela ação do govêrno. Não é um favor dos dirigentes públicos. É uma filosofia do Estado construída com base na dignidade da pessoa humana e nas exigências dos complexos problemas dos tempos atuais⁵².

O mérito da democracia social foi o de manter as idéias de liberdade de igualdade e fraternidade, afastando-se do otimismo dos ideólogos que creram que a mínima intervenção do Estado e a separação dos poderes fôsem capazes de estabelecer o equilíbrio nas relações sociais. Os pensadores do liberalismo político não viram que o advento da burguesia haveria de quebrar a unidade do sistema, provocando a formação do operariado que levantaria a bandeira de uma nova revolução contra os privilégios da classe dominante.

52. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 73, sintetisa os princípios que informam a moderna democracia social, dizendo: “Le controle de l' économie l' oblige à concilier le souci des fins collectives avec la recherche du profit, la propriété est surveillée de manière à remplir sa fonction sociale, les entreprises industrielles sont dépossédées de leurs privilèges de fait pour que les travailleurs soient affranchis de leur dépendance a l' égard des détenteurs de capitaux; la redistribution du revenu national par l' impôt et les prestations qu' il permet, assurent aux masses des ressources convenables en même temps qu' elles constituent une assurance contre l' insécurité économique; enfin, en orientant ou planifiant l' économie, les gouvernants subordonnent l' utilisation des richesses et des énergies au service du groupe tout entier.”

Vencendo a luta de classes, a democracia social procurou compor as pretensões da classe burguesa e da classe operária num supremo esforço de obter, através de processo pacífico, uma legislação apta a conter os desregramentos, as ambições desmedidas e os abusos da primeira e de assegurar à segunda medidas de proteção, de assistência e de elevação. Foi isso que o marxismo não viu ou não quis ver quando, incitando as massas à revolução social, acabou por entregá-las às mãos de um *partido único*, erigindo em *quarta classe* que substituiu os privilégios do dinheiro pelos privilégios do poder⁵³.

X. A essência da democracia.

Acabamos de descrever três momentos históricos que correspondem a três experiências universais. Cada uma delas vindica, em favor do regime que instituiu, caráter manifestamente democrático. Cada uma delas apregoa que realiza o ideal da autêntica democracia. Mas a democracia apresenta, em cada uma dessas expressões políticas, *caráter diverso*, sujeito às contingências dos novos dados que a história da humanidade revela na dialética das forças do espírito e das condições sociais. Diante desse quadro será lícito ao observador concluir que a democracia, não dispondo de elementos constitutivos próprios, seja apenas um sistema político de *conteúdo variável*? A resposta a esta indagação toca o grave problema da *essência da democracia*.

É verdadeiramente difícil definir a democracia. HAROLD LASKI, escrevendo o verbete sobre *democracy*, na Enciclopédia de Ciências Sociais, começa por dizer que “No difinition of democracy can adequately comprise the

53. MILOVAN DJILAS, *A nova Classe*, pág. 61 e segs.

vast history which the concept connotates”⁵⁴. As opiniões dos filósofos, dos juristas e dos políticos acêrca da democracia não são concordes nem tranqüilas. Elas têm oscilado desde afirmações declamatórias até definições apriorísticas, que obedecem a intuits políticos predeterminados. MARITAIN diz que “a questão não é de encontrar um nôvo nomo para a democracia, mas de descobrir a sua verdadeira essência e de a realizar; de passar da democracia burguesa, esterilizada por suas hipocrisias e por ausência de seiva evangélica, a uma democracia integralmente humana: da democracia frustrada à democracia real”⁵⁵. Sentindo quão vaga era a fórmula, propõe uma síntese da idéia democrática, invocando BERGSON: “La démocratie est d’essence évangélique et elle a pour moteur l’amour”⁵⁶. Outros autores são dominados por uma concepção relativista. Assim DAVID, falando no Parlamento alemão, assinala que: “É livre o caminho para tôda evolução legal pacífica. Nisto consiste a mais autêntica democracia”⁵⁷. No Brasil, PINTO FERREIRA sustenta que “a democracia não é uma doutrina imobilizada, petrificada em um dogma eterno, nem tão pouco uma forma histórica imutável, porém, um sistema de idéias e uma instituição que se retificam constantemente com o progresso ético e científico da humanidade”⁵⁸. Há,

54. LASKI, *Democracy*, em “*Encyclopaedia of Social Sciences*”, vol. V, pág. 76.

55. JACQUES MARITAIN, *Christianisme et Démocratie*, pág. 28.

56. JACQUES MARITAIN, *Christianisme et Démocratie*, pág. 60; BERGSON, *Les Deux Sources*, pág. 304. MARITAIN parece adotar uma concepção *pessimista* ao escrever: “A tragédia das democracias modernas é que elas não conseguiram ainda realizar a democracia.” (*op. cit.*, pág. 23). A maior perplexidade surge da leitura dêste passo: “É possível ser-se cristão e salvar-se, *militando* por não importar que regime político, contanto que não ofenda, todavia, a lei natural e a lei de Deus..” (*op. cit.*, pág. 34). Como pode um cristão *militar* por um regime que é ateu, ou prega o ateísmo como sua filosofia política?

57. CARL SCHMITT, *Verfassungsrecht*, § 17, n.º 4.

58. PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*, vol. I, pág. 22.

porém, os que põem tôda confiança na idéia democrática. BURDEAU, numa síntese feliz que traduz todo o entusiasmo pela democracia, ressalta que, considerada juridicamente uma forma de govêrno, êste conceito, ainda que exato, já não satisfaz os seus apóstolos, porque diz menos do que efetivamente é na realidade. Por isso escreve: “La démocratie est aujourd’hui une philosophie, une manière de vivre, une religion et, presque accessoirement, une forme de gouvernement”⁵⁹.

Os juristas procuraram extremar o conceito de democracia, particularizando-lhe a essência. SCHMITT sustenta que é o regime político que tende a *identificar* o povo, entendido em sua existência concreta, com o povo organizado em unidade política. O povo é titular do poder constituinte e dá a si mesmo uma constituição. A essência da democracia está no princípio da igualdade⁶⁰. Já para outros escritores, um dos postulados da democracia é a liberdade⁶¹. Os três elementos que servem para caracterizar a democracia são, portanto, *o povo, a liberdade e a igualdade*.

O povo é o primeiro elemento da democracia. Se democracia significa, como diz KELSEN, identidade de dirigentes e dirigidos, do sujeito e do objeto do poder do Estado e govêrno do povo pelo povo — então que é o povo?⁶². Segundo a concepção dominante nos séculos XVIII

59. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 9. LIPSON, *A Civilização Democrática*, vol. I, pág. 19: “Escrevo sôbre democracia, porque creio nela; porque penso ser o melhor e mais nobre dos sistemas políticos...”

60. CARL SCHMITT, *op. cit.*, § 17, n.º 1. Segundo DUVERGER, *Manuel de Droit Constitutionnel et de Science Politique*, pág. 41, a democracia é o Estado, fundado nas idéias de liberdade e de igualdade; a democracia social visa antes realizar a igualdade do que fazer reinar a liberdade.

61. HANS KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1963, pág. 93; BURDEAU, *op. cit.*, pág. 15.

62. HANS KELSEN, *op. cit.*, pág. 14. KELSEN esclarece que “fragmentado por distenções nacionais, religiosas e econômicas, — o povo

e XIX, entende-se por povo a entidade homogênea constituída pela reunião de cidadãos: assim a vontade do povo reside no ser coletivo nação. Ela é qualificada de soberania nacional. Sob este nome, ela é a base da democracia designada como clássica, porque historicamente é a primeira forma sobre a qual foi instituído o governo do povo e que assim conceituada serviu, durante mais de um século, de modelo às instituições de países livres⁶³. O regime democrático repousa, portanto, sobre a idéia de soberania nacional⁶⁴.

Este é um dogma do liberalismo político, que a nosso ver tem apenas valor genérico, porque enuncia a fonte do poder, mas não a maneira de exercê-lo. O que preocupa, todavia a moderna doutrina é particularizar o modo como se exprime a vontade popular, tanto mais que, como observa BURDEAU, se é sempre o povo que governa, não é sempre o mesmo povo⁶⁵. Já escrevia TOCQUEVILLE em 1835 que “il s’agit bien moins pour les partisans de la démocratie de trouver le moyen de faire gouverner le peuple, que de faire choisir aux peuples les plus capables de gouverner”⁶⁶. Os publicistas punham a sua esperança na seleção dos melhores, a fim de lhes entregar o governo. “O Estado democrático”, ressaltava FERNEUIL, “convoca o governo dos melhores. O futuro do governo popular está subordinado a esta condição expressa que as massas democráticas adquirirão, pela educação e pela prática das instituições livres, a clarividência necessária para discernir entre suas

representa, segundo um critério sociológico, antes um conglomerado de grupo do que uma massa composta de natureza homogênea.” (pág. 15).

63. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 36.

64. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 35. MARITAIN, *Christianisme et Démocratie*, pág. 66, escreve que “o regime democrático é descrito como o regime da soberania do povo. Esta expressão é equívoca.”

65. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 23.

66. TOCQUEVILLE, *Oeuvres Complètes*, vol. VI, pág. 54.

preferências os elementos mais sãos, os mais vivazes e lhes conferir o poder”⁶⁷.

O segundo elemento da democracia é a igualdade. Observa SCHMITT que há necessidade de dar à democracia um conceito específico e substancial de igualdade. A simples circunstância de ter figura humana não pode oferecer fundamento nem a um Estado, nem a um regime político, nem a uma forma de govêrno. Dela não se podem obter distinções e delimitações. A igualdade, que não tenha por conteúdo senão a igualdade comum a todos os homens por si mesmos, seria uma igualdade não política, por faltar-lhe o correlato de uma possível desigualdade. Tôda igualdade recebe seu significado e sentido mediante a correlação com possível desigualdade. E é tanto mais intensa quanto maior é a desigualdade contraposta por aquêles que não são iguais. O conceito democrático de igualdade é um conceito político e, como todo conceito político autêntico, deve relacionar-se com a possibilidade de uma *distinção*. Por isso, a democracia política não pode basear-se na *indistinção* de todos os homens, senão só tendo em conta um *povo determinado*. Dentro de um Estado democrático são iguais todos os súditos. A igualdade democrática é o pressuposto de tôdas as outras igualdades (ex. perante a lei, direito de voto, serviço militar obrigatório, acesso aos cargos públicos). A igualdade democrática é, em sua essência, homogeneidade e certamente homogeneidade do povo. O conceito central de democracia é *povo*, não a humanidade. Se a democracia há de ser uma forma política, só pode haver democracia do povo e não da humanidade⁶⁸.

O terceiro elemento da democracia é a *liberdade*. O grande problema está, porém, na interpretação do conceito de liberdade. Ninguém ignora as variações por que passou

67. FERNEUIL, *Les Principes* de 1789, pág. 130.

68. CARL SCHMITT, *op. cit.*, § 17, n.º 5.

nos dois últimos séculos. Dizia KELSEN que “a liberdade do indivíduo, que fundamentalmente é impossível, perde pouco a pouco a importância diante da comunidade social”⁶⁹. Para BURDEAU, há duas concepções de liberdade: a) liberdade-autonomia; b) liberdade-participação. A primeira se traduz, na ausência de constrangimento, no sentimento de independência assim física como espiritual. A segunda consiste em associar os governados ao exercício do poder para impedir que este lhes imponha medidas arbitrárias. De toda história da lenta exaltação da idéia democrática ressaem a anterioridade cronológica e o primado nacional da liberdade-autonomia sobre a liberdade-participação. É que a liberdade não é um fim em si. Ela foi estabelecida para garantir a autonomia dos governados. A liberdade fundamental é aquela em que se inscrevem as prerrogativas da natureza humana: disposição de si, escolha de atos, responsabilidade⁷⁰.

XI. As três experiências universais. •

Após o estudo da essência da democracia, bem melhor podemos compreender as três experiências universais. A primeira foi a democracia política. Os que creram que ela tinha o condão de proporcionar o bem estar e a felicidade dos povos, falharam em suas previsões, porque novos elementos imponderáveis vieram alterar os dados do problema. A segunda foi a democracia popular. Os que se filiaram a ela, supondo que a salvação do regime se encontra na igualdade aritmética, se esquecem que, dia mais ou dia menos, os homens rompem os vigorosos elos impostos pelo Partido único, num supremo esforço de readquirir a liberdade perdida. É que a inteligência humana não suporta esquemas apriorísticos, oficiais ou não, consis-

69. HANS KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, pág. 11.

70. BURDEAU, *op. cit.*, pág. 16.

tentes em padrões definitivos e imutáveis; só se compraz, variando para criar e criando para variar. A terceira é a democracia social. Os que a pregam estão certos de que o sacrifício da liberdade de alguns é capaz de melhorar as condições de liberdade de todos: ela se aproxima da realidade, aspirando encontrar uma fórmula que traduz os legítimos anseios da criatura.

Do exposto não se deve concluir que “o ponto de partida da idéia democrática seja o *relativismo*, nem que o democraticismo seja a vontade de confiar o poder do Estado à maioria do momento, sem consideração sôbre o conteúdo de sua concepção política”⁷¹ Reduzir a democracia a um simples jôgo da vontade flutuante da maioria ocasional, que através do sufrágio pode alterar a estrutura do Estado, será negar-lhe a existência de conteúdo determinado, permitindo a destruição dos postulados que lhe caracterizam a base fundamental. Será destruir a liberdade de todos em benefício de opressão de alguns, que detêm o poder: Ainda tem palpitante atualidade uma das máximas dos *Sete Sábios* gregos, que definia a liberdade política, afirmando que ela existe, quando a lei é mais forte do que os que pretendem violá-la⁷².

A salvação da democracia está substancialmente numa rigorosa consciência das idéias de liberdade, de igualdade e de fraternidade; numa sincera adesão a uma concepção cristã da vida, mediante renúncia do supérfluo, do luxuório e do ostensivo, transmitindo ao próximo uma filosofia de amor, capaz de elevar os pobres e redimi-los da miséria; num acendrado espírito de justiça social, que substitua a ação de piedade em favor dos humildes por uma política de reabilitação; na dignificação do trabalho, imposto como um dever de todos; na espiritualização da vida, libertando-a das preocupações de gôzo dos bens materiais; em

71. RADBRUCH, *Vorschule*, § 34, 1.

72. MOSCA e BOUTHOL, *História das Doutrinas Políticas*, pág. 41.

fim, na recristianização da pessoa, dando-lhe o significado de seu destino transcendental.

Não se pode dizer que haja democracia só porque os artigos da Constituição lhe rezam o nome. Democracia é espírito, é mística, é consciência pública; é integração do povo na vida do Estado, indiretamente por seus mandatários e diretamente por sua diuturna vigilância, aplaudindo ou reprovando o Govêrno, repudiando os que a traem e reconduzindo os que a servem, lançando no olvido os indignos e celebrando com alvíçaras os bons, os justos e os virtuosos. Democracia é conquista do progresso sem violência, sem intolerância, sem cumplicidade criminosa.

Não se pense que a democracia, como forma de govêrno, seja um regime paradisiaco, capaz de proporcionar a felicidade a todos. Obra de homens para homens, tem virtudes e defeitos; comete erros e injustiças; produz enganos e desenganos. Quem conhece a democracia sabe que ela é assim; e deve amá-la tal qual é!

XII. O instituto de ciências políticas.

O estudo do fato político — eis o tema cardial da mocidade inquieta dos nossos tempos. O problema não é mais o de analisar o passado com saudosismo, nem de recusar ou aceitar o presente com ódio ou esperança, — mas sim o de conhecer todos os dados para construir o futuro. Êste não é miragem de visionários. O porvir, para os investigadores sérios e bem inspirados, é presença e atualidade. Identificar-se com o futuro significa viver o presente em sua projeção histórica.

Até hoje a missão de estudar e conhecer o fato político, de participar de sua vida e de acompanhar a sua evolução, coube sempre às Faculdades de Direito, que proviam, além da cultura das ciências jurídicas e sociais, o trato com a

filosofia e as letras. Conferiu-lhes esta franquia o convívio com as humanidades clássicas, com as ciências econômicas e financeiras, com a política em geral. O que é indispensável, no entanto, para manter esta tradição, é criar, junto às Faculdades de Direito, o Instituto de Ciências Políticas para a formação dos homens públicos do Brasil. É este o processo de racionalização da democracia.

Quanto mais se aperfeiçoam os conhecimentos humanos, tanto mais se tecnicizam os especialistas. A civilização moderna não tolera que o curandeiro clinique, que o leigo advogue, que o mestre de obras levante arranhacéu. Dentro da democracia, qualquer que seja, há sempre um corpo de juizes. Ora, a civilização moderna dignificou a magistratura, criando a carreira e cercando os juizes de garantias para subtraí-los às influências da corrupção e dos grupos de pressão econômica. Se a magistratura togada constitui um dos poderes do Estado, porque não cuidar dos demais com o mesmo zêlo, revalorizando-os pela inteligência, pelo saber e pela honradez?

A elaboração das leis é uma das atividades fundamentais na política de um povo. Para redigi-las bem, não basta as regras da gramática. É necessário conhecer profundamente a ciência da legislação, que ajunta aos dotes do escritor elegante o domínio da técnica de modo que possa vazar o pensamento nas formas clássicas e puras da expressão. Ora não se pode conceber um legislador que ignore a ciência da legislação.

Do mesmo modo, a administração é a chave da política do Estado. Administrar é planejar, vincular os dirigentes a um ideal e aperfeiçoar as instituições realizando o bem público em tôda plenitude. Ora como se pode admitir um administrador que desconheça a coisa pública?

Um dos pontos mais altos no esforço de salvar a democracia é a revalorização dos homens públicos, cuja escolha não pode ficar à mercê das massas através de hábeis con-

troles sindicais. Não pode ser homem público qualquer ignorante bafejado por poderosas influências eleitorais, mas quem possui aptidão no saber e vocação para o bem comum.

XIII. A mensagem aos estudantes.

Esta mensagem é antes para vós, jovens estudantes do que para nós, velhos professôres. Cada geração tem um destino histórico. A nossa já desempenhou o seu papel nos momentos mais graves da nacionalidade. Agora soou a hora da vossa geração. Nós, os professôres, compreendemos a inquietação dos vossos espíritos e a sinceridade das vossas convicções. Mas a experiência da vida ensinou-nos o que vós ainda não podeis apreender no verdor dos anos, no excessivo entusiasmo pelas idéias generosas, nos arroubos da paixão. A vida ensinou-nos que agir não é agitar. Quem age — reflete, planeja e constrói. Quem agita, perturba, convulsiona e destrói.

A vida ensina-nos também que lutar pelo futuro não é desprezar o passado. Entre um e outro há um liame que se chama *tradição*. A tradição não é museu de preciosas antigüidades. É fonte de permanente renovação. Ela subministra o passado vivo, com os seus exemplos, as suas inspirações, o seu legado de saber e de experiências, não para adorá-lo como um corpo inerte nem para imitá-lo como um imperativo inarredável, mas para nêle colher os tesouros de sua beleza, de sua juventude e de sua fôrça criadora. Uma geração de moços que desame a tradição é tão indigna como a que se curva diante da rotina. Uma geração de moços, que é incapaz de trazer uma contribuição nova na ordem das idéias e se contenta com repetir as lições dos outros, já nasceu velha, encarquilhada e sucumbida; e os bruxuleios de seu aparente viço não são mais que os estertores de sua precoce agonia.

Convido-vos, jovens estudantes, não a fazer política de imitação, arrastados ao carrocel de idéias estrangeiras, mas a estudar a política como ciência das leis e do govêrno, a fim de edificar um pensamento original autênticamente brasileiro. “Hoje, mais do que nunca, precisa a política de pensadores e de escritores para renutri-la de essência e de beleza”⁷³.

XIV. O rei justo e o imperador Alexandre.

Permiti-me, para concluir esta oração de agradecimento, que vos recorde uma lenda narrada por Rui Barbosa. O imperador Alexandre, estendendo muito para o levante as suas conquistas, fôra dar uma vez em certa região, onde tudo eram flores e contentamento. Simpatizando com o povo, cujos sinais de inteligência o impressionaram, determinou de lhe conhecer a vida. Mas, agasalhado pelo Rei, o que mais lhe captava a atenção era a maneira como o soberano distribuía justiça. Um dia o procuraram dois súditos seus:

— Rei, escuta, diz um. Comprei a êste homem uma charneca. Para construir uma vivenda, cavei o chão e dei com um tesouro de ouro, prata e pedras preciosas. Então lhe disse: “Toma o tesouro, que é teu. Não tinha eu razão, grande Rei? Manda-lhe que receba o tesouro.”

O outro contraveio: “Rei grande. Justo Rei. Tenho receio de ficar com o que me não pertence. A charneca, vendi-lha eu com tudo o que ali se contém. Ordena-lhe, pois, que o guarde...”

O rei meditou entre si e, dirigindo-se ao primeiro, falara:

— Não terás um filho, perguntou-lhe. “Mercê de Deus, sim.”

E tu não tens alguma filha? “Sim, louvado Deus”.

73. MENOTTI DEL PICCHIA, *Discursos*, vol. 13, pág. 312.

“Pois, vêde se os dois não se quererão desposar. Caso estejam por isso, dai-lhes em dote o tesouro. Quando não, disse o Rei ao comprador do baldio:

— “Soterra de nôvo essa riqueza no sítio onde se te deparara e edifica aí a tua casa.

Foram-se os dois homens contentes e Alexandre, pasmo, exclamou:

— Que estranho país!

— Não te parece então acertada minha decisão, interpelou o Rei. Como se cortaria o litígio em tua terra?

— Em minha terra, obtemperou o conquistador, ambos os pleiteantes seriam exilados, confiscando-se-lhes o tesouro.

O Rei ergueu os olhos para o céu. “Grande Deus”, exclamou:

— E luz o sol em tua terra?

— Luz, respondeu o macedônio.

— E chove sôbre ela?

— Chove, prosseguiu o macedônio.

— Então é para as alimarias do campo que cai a chuva e alumia o sol em tua terra. Porque homens embusteiros e injustos não são dignos dos benefícios do céu⁷⁴.

Contei-vos esta lenda para dela extrair as lições da verdade. O macedônio é o símbolo da violência. O Rei é o espírito de justiça. O macedônio trata os homens como párias da sociedade. O Rei os trata com igualdade e dignidade. O macedônio sacrifica a paz social em benefício da conquista de bens materiais. O Rei sacrifica os bens materiais em benefício da paz social.

Num ténplo do direito, o que devemos é abominar o conquistador e cultuar o Rei justo.

74. RUI BARBOSA, *Obras Completas*, vol. XXXVI, Tomo I, pág. 218.

341 226

Pirataria Aérea, Nôvo Delito Internacional.*

Haroldo Valladão

Catedrático de Direito Internacional Privado
na Faculdade Nacional de Direito, do Rio de
Janeiro.

I — Captura ilícita das aeronaves em vôo. II — Delito nôvo, freqüente e muito grave. III — Primeira classificação: pirataria. IV — Definição internacional de pirataria, sômente para dar aos Estados direitos de polícia e de jurisdição sôbre os piratas em alto-mar. V — Definição internacional evoluída, para abranger a pirataria aérea, embora ainda restrita. VI — Definição das leis internas, mais ampla, próxima ao caso da captura das aeronaves em vôo. VII — Falta de atualização das convenções internacionais e dos textos internos sôbre a matéria em causa. VIII — Lei dos Estados Unidos de 1961. IX — Convenção de Tokio de 1963. X — Criação de um nôvo delito internacional. XI — Denominação e definição do nôvo delito.

I. Apresento a esta Conferência acêrca da Liberdade do Ar êste trabalho sôbre um problema da maior atualidade, que atinge, diretamente, seu objetivo.

Vou examinar fatos freqüentes, constitutivos de atentados à liberdade da navegação aérea, praticados por via-

*. Trabalho apresentado e sustentado, oralmente, na Conferência sôbre a Liberdade do Ar, realizada a 3 e 4 de novembro de 1967, em Montreal, na Universidade McGill, sob os auspícios do respectivo Instituto de Direito Aéreo e de Espaço.

Por proposta do Prof. HAROLDO VALLADÃO, aprovada na 53.^a Conferência da International Law Association, Buenos Aires, 24/31 de agosto de 1968, foi nomeado um Comité especial, do qual foi eleito presidente, para estudar o assunto com urgência.

jantes que, ilícitamente, por ameaça ou violência, se apoderam de uma aeronave em vôo, exercem seu contrôlo, impedem sua exploração legítima, mudam sua rota e destino, perturbam sua circulação.

É a *capture illicite, the unlaw — seizure, le hijacking, el apoderamiento illicito, la intercepción*, a apropriação ilícita da aeronave em vôo.

Os fatos são conhecidos, nos Estados Unidos, na América Latina e, a 30 de junho de 1967, na Europa e África, com o desvio da aeronave privada em que viajava o líder africano M. Tschombe, feita por um Boderman, que intimidou os pilotos ingleses com um revólver e conduziu o aparelho a Argel¹.

II. Se se considerar de perto os fatos, constatar-se-á a presença de um delito nôvo e muito grave no qual, havendo violência ao aparelho, haverá, sobretudo e sempre, às pessoas, seja ao comandante e à tripulação, seja aos passageiros, obrigados súbita e perigosamente, a ir a um lugar diferente do de seu destino.

Em tudo há uma ofensa muito importante a um bem comum universal, à liberdade das comunicações, à liberdade e à segurança do tráfego aéreo.

III. A primeira classificação internacional dada a êstes fatos ora examinados, considerou-os como atos de pirataria.

1. GERALD F. FITZGERALD, *The Development of Internat. Rules Concerning Offences.. on Board Aircraft* (*Canadian Yearbook on Internat. Law*, 1963, p. 240/1, nota 24), faz a enumeração dos diversos casos. No *Keesing's Contemporary Archives*, Ag. 5/12/1967, p. 2282 e set. 30, out. 7/1967, encontra-se a enumeração dos fatos até a liberação dos pilotos, referentes ao desvio do avião que conduzia Moisés Tschombe. No Brasil um importante trabalho do Dr. JOÃO VICENTE DE CAMPOS foi feito na Sociedade Brasileira de Direito Aeronáutico e de Espaço, em 9 de agosto de 1967, sobre medidas administrativas para impedir o apoderamento de aeronaves em vôo.

A propósito da captura feita por um Cadon, a 9 de agosto de 1961, de uma aeronave da Panamerican, que ia do México à Guatemala e que conduzia o Ministro Turbay, dos Negócios Estrangeiros da Colômbia, aeronave desviada do seu destino para Havana, Cuba, o govêrno do México solicitou a extradição, baseando-se no Tratado de Extradicação México-Cuba, de 25/5/1925, cujo art. 2.º enumerou entre os delitos passíveis de extradição, n. X, os praticados no mar e especificou: “como é conhecida e definida a pirataria segundo o direito internacional”. E na Colômbia o Ministro dos Negócios Estrangeiros, o jurista Professor J. J. CAICEDO CASTILHO, que reclamou a punição do crime ao govêrno do México, em nome do seu govêrno, qualificou, também o fato como um *delito de pirataria*, num discurso no Senado a 9 de novembro de 1961.

Cuba, a princípio, recusou a extradição, por razões não ligadas ao problema mas, enfim, concedeu-a a 26 de novembro de 1961 e o criminoso foi julgado no México².

IV. Mas é preciso considerar que, no tempo do Tratado de Extradicação México-Cuba, não existia uma Convenção Geral, plurilateral, dando uma definição de pirataria e estabelecendo uma pena para os piratas.

Clássicamente, segundo uma regra, costumeira de direito internacional, os Estados por uma exceção ao princípio da liberdade da navegação em alto mar tinham o *direito de revistar os navios suspeitos de pirataria e capturar aquêles que a praticavam*, julgando os piratas considerados fora do direito internacional, segundo as leis sôbre

2. Segundo informação verbal, obtida de um delegado mexicano, o criminoso foi condenado a uma pena muito pequena, considerada lacuna da legislação mexicana. O Código Penal Mexicano (D. Federal e Territórios Federais e Crimes Federais de 1931) pune a pirataria, art. 146 e 147, *aplicáveis, também, às aeronaves*, com prisão de 15 a 30 anos. — Mas em divergência com os outros Códigos Penais da América Latina êle não prevê diretamente, como pirataria, a captura de um navio por pessoas que estão a bordo.

pirataria do Estado do navio captor³. Era um direito e não uma obrigação para os Estados⁴.

Falava-se mesmo na aplicação da pena capital (ser “enforcado no grande mastro”, lei inglêsa do séc. XVIII, *apud* ORTOLAN, *Diplomatie de la Mer*, I, p. 235) aos piratas surpreendidos em flagrante delito.

Nos Tratados Bilaterais do séc. XIX, incluídos os do Brasil com outros Estados, antigos, França e Estados Unidos, em vigor, Argentina e Uruguai (BEVILÁQUA, II, § 204) está previsto para os piratas a denegação do asilo nos portos, a *obrigação de julgá-los* e a restituição dos navios roubados, sem definição do crime.

Nos Tratados Plurilaterais pan-americanos, o de Direito Penal Internacional de Montevideú, 1889, art. 13 e 1940, art. 14, e o de Havana (Código Bustamante), art. 308, 1928, estabeleceram como princípio geral que a pirataria e outros delitos internacionais, *qualquer que seja o lugar*

3. Códigos de Direito Internacional: PETRUSHEVCZ, art. XXIII; BLUNTSCHLI, art. 343/350; DUDLEY FIELD, art. 83/86; FIORE, art. 477; ORTOLAN, *Regles Internationales et Diplomatie de la Mer*, I (2.^a edição), 233, e segs.; HEFTER, *Le Droit Internat. Public. de l'Europe*, 1866, p. 102; etc. Nos tempos atuais: BEVILÁQUA, *Dir. Publ. Int.* 1911 e 1934 § 205; STRÜPP, K., *Dir. Int. Publ.*, I, 1930, p. 165; ROUSSEAU, DIP, 1953, p. 241; VERDROSS, 1955, p. 198, QUADRI, 1963, p. 343/44 etc..

4. A propósito é preciso ler as muito justas considerações do Trabalho da Harvard Law School sobre pirataria. Eu me permito transcrever êstes períodos: “Properly speaking, then, piracy is not a legal crime or offence under the law of nations. In this respect it differs from the municipal law piracy which is a crime by the law of certain states, International law piracy is only a special ground of a state jurisdiction of jurisdiction in every state this jurisdiction may or may not be exercised by a certain state. It may be used in part only. How far it is used depends on the municipal law of the state, not on the law of nations. The law of nations on the matter is permissive only. It justifies state action within limits and fixes those limits. It goes no further”. (*American J. of Internat. Law Suplem.*, V, 26/759/760).

de suas comissões (Montevidéu, 1940), cometidos em alto mar, no ar livre e em territórios não organizados em Estados (Havana), são punidos pelo Estado autor da captura, sob reserva da solicitação de extradição pelo Estado no qual o delito se consumou (Montevidéu, 1940).

De fato, o direito internacional previu para os Estados, no que diz respeito à pirataria, apenas faculdades, direitos de polícia e de jurisdição extraterritoriais, excepcionais, em alto mar, contra os piratas. As definições de pirataria dadas em certos internacionalistas não visam *a definição do crime e a cominação da pena* — matéria reservada às leis de cada Estado — mas somente à definição para dar aos Estados as atribuições citadas.

Nêste sentido há uma célebre decisão do Judicial Committee of The Privy Council: “Em relação aos crimes definidos pela lei internacional, esta não visou punir ou tentar puni-los. O reconhecimento dêles como crimes e o julgamento e punição dos criminosos são deixados para a lei de cada país. Mas, de acôrdo com a lei internacional, a jurisdição criminal da lei interna é, ordinariamente, restrita aos crimes cometidos em terra firme ou águas territoriais ou em seus próprios navios e aos crimes de seus nacionais em qualquer lugar que sejam cometidos, em alto mar por qualquer nacional ou em qualquer navio, porque uma pessoa, acusada de tal pirataria, coloca-se sob a proteção de qualquer Estado. Não é mais um nacional, mas um *hostis humanis generis* e, como tal, sujeito à jurisdição de qualquer Estado”⁵.

Esta orientação foi confirmada pela Convenção de Genebra sôbre o Alto Mar, de 27 de abril de 1958 que, no art. 14, estabeleceu que “todos os Estados devem cooperar, na medida do possível, para a repressão da pirataria *em alto mar ou em qualquer outro lugar*, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado” e, no art. 15 definiu os atos que constituem a pirataria.

5. *Americ. J. of Internat. Law*, 29 (1935) 141.

Assim, podem existir e existem, freqüentemente, concepções diferentes de pirataria, seja internacional, seja das leis internas; a primeira para admitir a ação dos Estados em alto mar e a segunda para estabelecer a incriminação e punição pelos Tribunais de cada Estado.

V. Examinando-se as definições da maioria dos autores do direito internacional, pode-se fixar como característica geral de pirataria, o roubo ou depredação contra coisas e pessoas, por violência, praticados por um navio em alto mar contra outros navios⁶.

Na Citada Convenção sôbre o Alto Mar, estendeu-se esta concepção, para abranger, também, a pirataria aérea. Assim, o art. 15 e seu n.º 1, letras *a* e *b*, referem-se às *aeronaves piratas* e a letra *b* autoriza considerar como pirataria os “atos praticados em um lugar, não dependendo da jurisdição de nenhum Estado”. Esta última expressão, preconizada há muito por V. PELLA⁷, permite considerar como pirataria os atos oriundos de uma aeronave em vôo sôbre o alto mar ou sôbre um território sem proprietário.

Mas, por outro lado, a definição da Convenção Geral de Genebra é restrita, mantém uma orientação limitativa, quando exige para caracterizar os atos de pirataria, que êles partam de um navio ou de uma aeronave e que se dirijam contra um outro navio ou aeronave.

Ela exclui, assim, o célebre caso do navio português *Santa Maria*, que foi capturado em alto mar, violentamente, pelos passageiros Galvão e outros, que mudaram sua rota e o destino do navio, mas que não praticaram atos contra outros navios⁸.

6. Ver uma grande lista no curso de V. PELLA, sôbre pirataria, *Rec. da Academia de Direito Internacional* (Haia) v. 13, p. 106 e segs..

7. *Rec. Academ. Dir. Intern.*, v. 15, p. 170.

8. Dei parecer ao govêrno brasileiro, que foi seguido, no caso

VI. As definições das leis internas são mais amplas, com imposições de penas severas, se bem que para um fim mais grave que o do direito internacional, ou seja, a *punição do crime de pirataria*.

Tomo como exemplo a qualificação dos atos de pirataria realizados pelo Código Criminal do Império do Brasil, 830, arts. 82/84, reproduzidos pelo Código Penal da República, X, 1890, arts. 104/106. Vêm-se previstos: art. 82, 1.º e 3.º (art. 104, § 1.º e 3.º): a depredação ou a violência no mar genéricamente, e ainda a apropriação por fraude ou violência contra o comandante de um navio, por um indivíduo pertencente à equipagem⁹.

Nêstes textos capitulam-se fatos próximos da captura ilícita da aeronave, que examinamos no presente estudo.

O Código Criminal do Império do Brasil influenciou, fortemente, o Código Espanhol de 1848 e, por seu intermédio, a maior parte dos Códigos dos Estados Latino-Americanos de origem espanhola¹⁰.

Alguns ampliaram o n.º 3 do art. 82 do Código Brasileiro, para punir *quem quer que se aproprie de um navio por fraude ou violência contra seu comandante*; aí se está mais perto ainda das atuais apropriações de aeronaves em vôo.

É a redação dos Códigos Penais da Espanha, art. 250, da Bolívia, 1834, art. 166, 3.º, Honduras, 1906, 137, 3.º, Paraguai, 1910, 144, 3.º, Argentina, 1921, 198, 3.º, Peru, 1924, 271, 3.º, Colômbia, 1936, 2.º (com particularidades). Cuba no Código de Defesa Social, de 1936, tratando dos Delitos contra a Liberdade e a Segurança dos Mares considera, também, como pirataria a apropriação de um navio ou aeronave cubanos, art. 166, D e 169, C.

9. A lei francesa de 10 de abril de 1825 sôbre pirataria tinha estabelecido no art. 4, 1, um texto parecido ao do Código Brasileiro do Império.

10. H. VALLADÃO, *Paz, Direito, Técnica*, Rio de Janeiro, 1959, p. 260.

VII. Mas, na verdade, deve-se constatar a completa falta de atualização, seja das convenções internacionais, seja das leis internas (salvo a lei dos Estados Unidos, v. n. VIII) num assunto tão importante e tão urgente como os novos problemas de pirataria, em particular os da captura ilícita das aeronaves em vôo.

Há mesmo uma dissonância entre as Convenções Internacionais e as leis internas sôbre pirataria.

Nestas chega-se até, por exemplo, no nôvo Código Penal Brasileiro a suprimir o crime de pirataria. . Será que está ultrapassado? Fora de uso?...

E na Convenção de Genebra, se bem que de 1958, não se previa como ato de pirataria a apropriação de um navio ou de uma aeronave por um viajante, passageiro ou tripulante, por violência ou ameaça de violência contra o comandante...

Ainda uma vez os fatos marcham mais depressa que as leis.

VIII. Nos Estados Unidos, o problema foi devidamente considerado por uma nova lei de 5 de setembro de 1961 (*Public Law 87-197*; 87th Congress Last Session) com a adição de uma Seção *i* no *Federal Aviation Act Publ. Law 85-726*) de 1958, sôbre "Aircraft Piracy", a Pirataria da Aeronave.

A definição do crime é: "Como foi usado nesta Subseção, o termo "aircraft piracy" significa qualquer seqüestro ou exercício de contrôle pela fôrça ou violência ou tentativa de fôrça ou violência e com maliciosa intenção, de uma aeronave de comércio aéreo" e a punição bastante severa — "Quem comete ou tenta cometer pirataria aérea como o acima definido, será punido" (A) — com a morte se o veredito do juri recomendar ou, no caso de ser culpado ou inocente, se o defensor desistir do juri, se a côrte na sua discreção ordenar; ou (B) pela prisão por não menos de 20 anos, se a pena de morte não fôr imposta."

Voltamos à *pena capitale* estabelecida há séculos para os piratas do mar. A punição não deve ser excessiva, mas proporcional ou complementar, de acôrdo com os atos e os resultados contra as pessoas e as coisas.

Nem o grande rigor dos séculos XVI ao XVIII, nem a punição atual. Penas justas.

IX. Mas a Convenção de Tokio, de 14 de setembro de 1963 “Relativa às Infrações e Certos Atos Praticados a Bordo das Aeronaves” constituiu-se na matéria, uma decepção.

No seu art. 11 ela previu, contraditòriamente, o crime, sem estabelecer a pena e *sobretudo sem impor aos Estados contratantes a obrigação de o punir*.

O texto, único do Cap. IV, *Captura Ilícita das Aeronaves* limita-se, no caso onde “ilícitamente e por violência ou ameaça de violência uma pessoa muda a exploração de uma aeronave em vôo, dela se tenha apoderado ou exercido o contrôle, ou esteja a ponto de completar tal ato”, a determinar que os Estados contratantes “tomem tôdas as medidas apropriadas para restituir ou conservar o contrôle da aeronave ao comandante legítimo”, permitindo, assim, “aos passageiros e à equipagem prosseguir sua viagem, logo que possível”, e restituindo “a aeronave e sua carga àqueles que têm o direito de as deter” (art. 11).

11. Se outros Códigos preferiram fazer sòmente uma remissão e, no que diz respeito à jurisdição, às regras de direito internacional, Costa Rica, 1941, art. 6 e Panamá, 1942, art. 8; um, o do Chile, prescreve a mesma pena aos crimes de roubo com violência ou intimidação às pessoas, 1874, art. 434; outro, o da Nicarágua, 1891, art. 142, a majoração das penas dos delitos comuns; enfim, os Códigos do Salvador, 1904, art. 115/119 e do Equador, 1936, art. 399/403, seguem os conceitos clássicos adotados em direito internacional para os direitos de polícia e de jurisdição sôbre os piratas. A orientação brasileira de regular a pirataria no Código Penal não era nem foi a da Europa, onde se preferiu deixar, ou para o “Case Law” (Inglaterra), ou para as leis especiais (França, lei de 10/4/1825; Itália, Código da Marinha Mercante, art. 320/1 e 363 e para o México, nota anterior, n. 2).

Nenhuma palavra sôbre a punição dos autores do crime. E o mais grave é que o Projeto da Convenção organizado em Roma, em 1962, no art. correspondente n. 4, continha esta alínea: “todo Estado contratante, sôbre o território do qual a aeronave aterrissa após tal ato ou ameaça deve assegurar, de acôrdo com suas próprias leis, a detenção do autor dêste ato ou ameaça”, inexplicavelmente retirado em Tokio.

Êste texto não é, entretanto, o que o direito exige, ou seja, o estabelecimento expresso da obrigação, para os Estados, de punir conforme suas próprias leis; o que não os permitia excusar-se de não fazer se suas leis não davam, nêste caso, uma competência extraterritorial. Dependia, assim da *existência* de tais leis¹².

X. A verdadeira e justa solução para o caso da captura ilícita das aeronaves é a criação de um nôvo delito internacional, como se têm feito com outros crimes, cuja punição corresponde à *proteção de um interêsse humano de caráter universal*, no caso da liberdade e da segurança do tráfego aéreo, dos crimes contra a humanidade e, por isto, de punição universal.

A êstes delitos se aplica a universalidade do direito de punir, a Justiça Penal Universal, a obrigação de punir e de fazê-lo pelo *judex deprehensionis*.

Eles têm sido e são o objeto de Convenções Internacionais, plurilaterais e pôde-se citar em vigor as sôbre: proteção dos cabos submarinos (14 de março de 1884); tráfico de mulheres e crianças (Paris, 18/5/1904 e 4/5/1910, Genebra, 30/9/1921); circulação e tráfico de publicações obscenas (Paris, 4/5/1910, Genebra, 12/9/1923); comércio e facilitação de uso de entorpecentes — (Haia, 23/1/1912, Genebra, 9/2/1925 e a última e única sôbre os entorpe-

12. NICOLAS M. MATTE, *Droit Aérien-Aéronautique*, 2.^a edição, p. 362, queria no art. 11 uma fórmula mais categórica.

centes, de Nova York, 30/3/1961); genocídio (ONU, 11/12/1948).

Note-se por exemplo, a aproximação do nôvo delito internacional de captura ilícita de aeronave em vôo a um mais antigo, de ruptura ou danificação de um cabo submarino, com interceptação das comunicações telegráficas. Nos dois casos, protege-se a liberdade e a segurança das comunicações entre os homens e os povos¹³ e nunca sômente pessoas e coisas lesadas.

E, justamente, o que falta no direito de pirataria marítima é uma cláusula em Convenção Internacional, *obrigando, expressamente, os Estados a puni-la*, a estabelecer nas suas leis internas a respectiva punição. E, não a prevendo, a Convenção de Genebra sôbre o Alto Mar deixou uma grave lacuna, que não tem sido preenchida pela fraca disposição do art. 14, já transcrito, estabelecendo para os Estados “o dever de cooperar, *na medida do possível*, para a repressão...”, diferentemente das outras Convenções citadas para os delitos internacionais, que *impõem, formalmente*, aos Estados contratantes a obrigação de puni-los nas *suas* leis internas.

XI. A pirataria é, essencialmente, assalto, atentado, depredação, violência, banditismo, violação da liberdade e da segurança das comunicações, seja em terra, a pilhagem das grandes rotas¹⁴, seja sobretudo no mar e, particular-

13. Nos Estados Unidos, DUDLEY FIELD, de New York, no seu Código de Direito Internacional considerou crime de pirataria a danificação dos cabos submarinos, § 83 e, também, as “de um caminho de ferro internacional, um canal, ou qualquer outra obra cuja neutralidade perpétua foi declarada”.

14. Compreende-se, perfeitamente, ainda hoje, em territórios que não se referem à jurisdição de nenhum Estado, os direitos de polícia e de jurisdição para todos os Estados sôbre os atos de banditismo cometidos nêstes territórios. BYNKERSHOECK, *Quest. jur. publ.* I, ch. XVII, falava da pirataria “sive mari sive terra”; CARRARA, *Dir. Pen. Parte Especial*, § 2144, comparava “bandidos em terra aos piratas no

mente, no alto mar, onde existe um deserto maior e, na ausência de um poder jurisdicional, um campo propício aos criminosos.

E então o direito internacional foi obrigado a reconhecer aos Estados os direitos de polícia e jurisdição sobre a pirataria em alto mar e os próprios Estados a têm punido nas suas leis internas, enumerando as diferentes formas que ela assume.

Agora, assaltos praticam-se no e pelo ar e sobretudo no e pelo ar livres, constituem uma nova pirataria, a pirataria aérea, com graves perigos à liberdade e segurança do tráfego aéreo.

No Brasil, com grandes regiões pouco povoadas e numerosas planícies, *é muito fácil a aterrissagem clandestina*. O Brasil tem, assim, sido vítima de atos de pirataria aérea praticados por aviões privados, de matrícula dos Estados Unidos, que aterrisam e decolam de aeroportos clandestinos, construídos pelos co-autores e cúmplices em terra, para a prática de atos de contrabando e, mais grave, há alguns meses, para facilitar a evasão de contrabandistas americanos da prisão..

As diversas formas de atividades criminosas praticadas hoje no ar com violência ou fraude correspondem, naturalmente, com variações de ambiente e tempo, às formas clássicas de pirataria marítima, previstas no direito internacional e nas diferentes leis internas.

A Convenção Internacional que terá por fim o estabelecimento da obrigação, para todos os Estados, de punir a pirataria aérea, deverá, a exemplo do que se tem feito nas outras Convenções sobre os delitos internacionais, adotar uma fórmula genérica, deixando aos Estados a

mar” Um julgamento da Cour de l’Amirauté Anglaise estabeleceu, também, tal comparação (opinião do *Juiz Jonks*, lembrada por FIORE, *Dir. Publ. Int.*, 2.^a edição francesa, I, 494).

atribuição de definir os crimes e de estabelecer as penas nas suas leis internas.

Uma fórmula, naturalmente, sujeita a aperfeiçoamentos, seria a de qualificar a pirataria aérea como todo ato pelo qual uma aeronave provada é utilizada para fins pessoais, ilicitamente, em violação de liberdade e segurança do tráfego aéreo, com violência, ameaça de violência ou fraude, ou uma aeronave privada é aprisionada em vôo por uma pessoa a bordo que impede sua exploração, dela se apodera ou exerce seu contrôlo, ou está a ponto de completar tais atos.

As últimas expressões cobrem o caso da captura ilícita das aeronaves e a primeira, *utilização*, compreende as diversas formas de uso da aeronave, também contra a liberdade e segurança do tráfego aéreo, para a facilitação e a prática ainda de outros crimes, especialmente o contrabando, evasão de detentos etc. em associação com outros criminosos em terra, chegando mesmo à decolagem e à aterrissagem em aeroportos clandestinos.

As dimensões que me foram dadas para êste trabalho me impedem de estudar outros problemas colaterais, como os da captura com fins políticos¹⁵.

15. Faço remissão ao parecer dado ao Govêrno do Brasil, no caso do navio "Santa Maria".

Problemas penais do cheque*.

Basileu Garcia

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

SUMÁRIO: — 1. O enunciado legislativo. Frustração consumada e tentada. 2. Frustração, perante o prazo legal de apresentação do cheque. 3. Intuito fraudulento do sujeito ativo. 4. Ausência de fraude, na extorsão indireta. 5. Pós-data e ante-data. 6. Os indícios de pós-data. 7. Deixar de depositar fundos não é frustrar pagamento. 8. Exigibilidade imediata do cheque pós-datado. 9. Marcação, com suposta fraude do emitente. 10. Marcação legal e marcação anômala. 11. Caráter formal do crime de emissão, perante o dolo específico. 12. Boa fé do emitente e falta de lesão patrimonial. 13. Dois moldes discrepantes. 14. Graus variados de lesividade. 15. Suficiência do dano potencial. 16. Conseqüências do suposto caráter material. 17. A hipertrófica idéia de prejuízo concreto. 18. O argumento deduzido da falta de poder liberatório. 19. Dádiva e crime. 20. Dívida de jôgo. 21. Desaparecimento do crime pela reparação do dano. 22. Momento consumativo e fôro competente. 23. O endossante de cheque sem fundos. 24. A circulação, como pretendida parte do ato de emissão. 25. Falsidade e estelionato. Absorção e concurso. 26. Contra o flagelo do cheque sem fundos. 27. O Anteprojeto de Código Penal. 28. Sugestão para a reforma.

1. Uma das mais controvertidas normas da nossa legislação penal encontra-se no art. 171, § 2.º, n.º VI, do estatuto repressivo, que estende as penas do estelionato a

* Este trabalho reconstitui, aproximadamente, palestra proferida a 25 de novembro de 1968 durante o III Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, reunido em São Paulo.

quem “emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento”.

Estão aí contempladas duas maneiras de delinquir: emissão de cheque sem fundos e frustração de pagamento de cheque. A primeira aperfeiçoa-se com a emissão do cheque a que, nessa oportunidade, não correspondem fundos suficientes em poder do sacado. É crime formal, que prescinde da apuração de um resultado danoso destacado da própria ação delituosa.

A frustração de pagamento, crime nitidamente material, pode ser absoluta ou relativa. Ou o emissor retira os fundos existentes, ou emite novo cheque que sabe será cobrado antes do pagamento a primitivo tomador a quem quer lesar, ou dá contra-ordem ao banqueiro, visando impedir, e impede radicalmente, o pagamento do cheque. São hipóteses de frustração absoluta, em que o crime se consuma com efetivo prejuízo. Ou — frustração relativa — o banqueiro efetua o pagamento, a despeito da contra-ordem, a qual não chega a tempo, ou é equívoca, ou a apresentação do cheque feito para frustrar se retarda, de sorte a não haver a desejada frustração. Ficar-se-á no terreno da tentativa. Outra hipótese de frustração tentada será a de adulterar o emitente a sua assinatura, objetivando evitar o pagamento, o qual todavia é liberado, porque o banqueiro considera autêntica a firma.

2. Raro aparece na prática judiciária a modalidade de frustração criminosa. Há notícia, porém, de um acontecimento curioso. Promovente do inquérito foi uma ex-noiva, contra o seu ex-prometido. Nos bons tempos de harmonia, ela recebeu do obsequioso admirador um cheque, o qual ficou guardado, talvez esquecido. Esquecido foi, sem dúvida, pelo rapaz, que consumiu durante a convivência pacífica o seu depósito bancário. Quando o cheque veio a ser apresentado pela moça, já haviam decorrido 14 meses após a emissão. O noivado se desfez. A decisão absolutória fundou-se na falta de dolo

Em tôrno dêsse episódio forense, poder-se-ia formular uma pergunta. A legislação relativa ao cheque fixa o prazo de um mês para a apresentação ao sacado, na mesma praça, e o de 120 dias, se em praça diferente da da emissão. Decorrido o prazo legal de apresentação do cheque, assim mesmo era jurìdicamente possível frustraçõo delituosa de pagamento?

A resposta é afirmativa, pois a lei do cheque (Decreto n.º 2.591, de 7 de agòsto de 1912) delimita, no art. 5.º, as consequências da não apresentação no prazo. O retardamento só influi no direito, que o beneficiário perde, de açãõ regressiva contra eventual endossador e seu avalista. Conserva-o contra o emissor, a menos que a provisãõ que havia ao ser emitido o cheque deixe de existir sem fato que lhe seja imputável¹.

3. Se há um ponto, na debatida e insegura matéria penal do cheque, em que reina hoje acòrdo pràticamente total em nosso país, é o de que o intuito fraudulento do sujeito ativo é indispensável à configuraçõo das duas entidades criminaes referidas.

Assim, não se dará frustraçõo criminosa, se o bloqueio dos fundos ou a contra-ordem advier de justa causa. Por exemplo, o emitente entregou o cheque em razãõ de êrro, fraude ou coaçãõ, e cuida impedir se consume o pagamento. Ou tem notícia de que o cheque se extraviou, ou foi furtado. Nessas e outras circunstâncias análogas, a determinaçõo do emissor ao sacado para que não satisfaça o pagamento é legítima, não se podendo entrever crime algum.

1. "Atualmente" (escreve CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *O Cheque*, 1.º vol., n.º 229, p. 216) "a doutrina e as legislações, inclusive a brasileira, são unânimes no sentido de deixar intacta a responsabilidade do emitente, mesmo na hipótese de o título ter sido apresentado depois do decurso do prazo" Em demorada explanaçõo acêrca dêsse ponto, demonstra não haver o que ainda possa justificar as vacilações que já houve.

No campo penal, é irrelevante discutir se o emissor tem, em princípio, a faculdade de contra-ordem. Embora disponha o art. 8.º do Decreto 2.591 que “o beneficiário adquire direito a ser pago pela provisão de fundos existentes em poder do sacado desde a data do cheque”, a verdade é que, se o emitente expedir contra-ordem, o banco não hesitará em atendê-la, como de praxe, porquanto está ligado a um contrato unilateral com o seu cliente, o depositante, não tendo obrigações para com o apresentante do cheque, a quem normalmente efetuará o pagamento apenas se êste não fôr obstado pelo correntista. A contra-ordem proibida é tão-só a que não tenha “motivo legal” (art. 6.º).

Notória no tocante à frustração de pagamento, por força da carregada idéia contida no verbo frustrar, a indispensabilidade do elemento fraude também se faz sentir na figura da emissão de cheque sem fundos, que só constitui crime em havendo o propósito de ludibriar, vale dizer dolo específico. Estriba-se a conclusão na rubrica lateral do dispositivo, *fraude no pagamento por meio de cheque*, e no nome do capítulo a que se integra, *Do estelionato e outras fraudes*. Embora as denominações que encimam os capítulos e aparecem lateralmente às normas punitivas não se incorporem propriamente às definições das modalidades criminosas, influem na sua interpretação. Têm, inegavelmente, valor exegético.

4. Se é algo difícil conceituar o que seja fraude, fácil é expor, perante a experiência da aplicação do Código de 1940, aquilo em que a fraude não consiste, arrolar situações em que o crime não se perfaz, por falta desse elemento.

De modo geral, sempre que o tomador do cheque — beneficiário ou portador — tiver conhecimento da inexistência de fundos. Às vêzes êle confessa o seu conhecimento. Abstém-se de fazê-lo outras vêzes, mas assim

mesmo a realidade se patenteia diante das circunstâncias, e o réu é absolvido, porque não enganou.

Um dos casos em que tem surgido a divergência entre o tomador e o emitente é o da operação usurária abrangida pelo art. 160 do Código Penal (crime de extorsão indireta). Ai se pune, com reclusão de um a três anos, além de multa, o ato de “exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiro”. Salientam os expositores o exemplo do cheque sem fundos aproveitado como expediente coativo, a constituir uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do emitente, que responderá a processo crime se não pagar a dívida assegurada pelo cheque, assim despojado da sua função de ordem de pagamento à vista, para transformar-se em documento de garantia de um débito.

Deliberou, porém, o legislador penal que êsse processo crime — simples possibilidade — não se instaure, uma vez comprovada a veracidade da hipótese: o tomador usurário sabia da inexistência de fundos e aceitou o cheque maquiuvelicamente, para ameaçar mover medidas criminais. Em consequência, êle é que deve ser processado, pela extorsão indireta. O outro, o emitente, livra-se de tôda e qualquer pena.

Essa inferência ressalta da evidente inconciliabilidade entre as acusações de emissão de cheque sem fundos e extorsão indireta. O promotor que afirmasse ter o beneficiário conseguido o cheque com o intuito de documentar o seu crédito e intimidar o devedor, informado da inexistência de fundos, ficaria *ipso facto* impedido de atribuir ao emitente a intenção fraudulenta, sem a qual não se compõe o crime a ser-lhe irrogado. A denúncia seria contraditória e, por isso, inepta.

Como costuma acontecer com as modalidades criminais novas, essa deu lugar a exorbitâncias nos primeiros

tempos da vigência do Código, tendo-se absurdamente proposto ação penal contra o tomador apenas por haver recebido ciente cheque sem fundos. Como se tôdas as vêzes em que isso ocorre exista, obrigatòriamente, da parte de quem obtém o cheque, o escopo de intimidar e constranger o emitente com a ameaça de processo crime.

A figura, entretanto, chama-se extorsão indireta. Situa-se no capítulo *Do roubo e da extorsão*. É forma de extorsão e deve ser compreendida à semelhança dêsse tipo. A exegese é bastante facilitada pelas palavras com o que o art. 160 adverte tratar-se de *um abuso* do credor contra o devedor. Quando êste, prazerosamente, por sua própria iniciativa, em livre acòrdo com o credor, lhe entrega cheque sem fundos, se não há o crime de fraude no pagamento por meio de cheque, muito menos haverá o de extorsão indireta.

No campo da chantagem, às vêzes o chantagista é o devedor, fantasiado de vítima da ganância alheia.

5. Uma das hipóteses em que melhor se tem vislumbrado a ausência de designio fraudulento por parte do emissor, no mencionado sentido de não iludir ao beneficiário quanto à falta de fundos, está na pós-data. Se o cheque é pós-datado, via de regra aquêle que o recebe tem a percepção segura da falta de fundos no ato da emissão. De outro modo difficilmente se compreenderia o motivo da pós-data, lançada exatamente para que o beneficiário ou portador não cobre de imediato o cheque.

Precisemos a terminologia. A pós-data é por alguns chamada ante-data, mas visível é a superioridade da primeira expressão, de uso muito mais generalizado. O emitente lança no cheque uma data futura, eis a pós-data. Os que, a êsse respeito, falam em ante-data, raciocinam assim: o emitente preencheu a data em dia anterior àquele que constou do título. Sob êsse aspecto, teria havido ante-data.

Essencialmente, porém, a ante-data consistiria em colocar no cheque uma data passada, o que é excepcional. Não impossível. Pode haver, da parte do emitente de má fé, sem provisão de fundos em nenhuma das épocas em causa, o interêsse de aparentar, por meio de ante-data, haver o tomador esperado muitos dias para apresentar o cheque, por estar ciente da falta de fundos. A ante-data proporcionar-lhe-ia boa desculpa no acêrto de contas com a Justiça.

6. Cumpre aos juízes precaverem-se contra as mistificações comuns em tal assunto. Por vêzes inexistente a pós-data, alegam-na o emissor acusado de crime e até o próprio beneficiário, em transação para impedir o desfêcho condenatório, ou mesmo o oferecimento da denúncia, quando o conluio surge na fase do inquérito. Conhecida a tranqüila jurisprudência dos tribunais sôbre a questão, o beneficiário, já aquinhoado pelo emitente, comparece perante a autoridade para admitir que o cheque lhe chegou às mãos bem antes da data da emissão, ou já vai confirmando às claras que cientemente recebeu cheque sem fundos. O êxito parece garantido.

Como, porém, os pactos dos particulares não alteram as disposições de ordem pública, óbvio é que a apuração da realidade poderá tolher semelhantes manobras.

Há também os casos em que, não obstante o esforço do beneficiário em negar a pós-data, transparece esta da prova dos autos. Por exemplo, se, para efetuar o pagamento de um débito unitário, dois ou mais cheques emitidos contra o mesmo banco são encontrados com o tomador, com datas sucessivas, distanciadas em intervalos cuja explicação só possa ser a insuficiência dos fundos no momento da entrega simultânea.

Os indícios de pós-data resultantes de dados como êsses não devem, contudo, precipitar o convencimento. O engenho dos emissores de cheques sem fundos é fértil. Há também o caso de entregarem cheques pós-datados

simulando que possuem e continuarão possuindo fundos sobejos, pedindo, entretanto, a benevolência de um prazo, para não sobrecarregar a conta bancária, para não esvaziá-la, pois há outros compromissos a atender. O tomador espera. E depois se desespera.

7 Vez ou outra os juizes e tribunais têm intentado reagir, com a ameaça penal, contra a desfiguração do cheque através da pós-data. E uma dessas manifestações de rigor consistiu na tese de que, conquanto não se integre o crime de emissão de cheque sem fundos, haverá o de frustração de pagamento, pelo fato de não ser encontrada provisão bancária.

Parece-me insustentável esse ponto de vista. Aferrado o penalista à interpretação estrita, não lhe é permitido alargar o alcance do verbo frustrar, para atingir a omissão de quem, com o dever de pagar, deixa de providenciar fundos que acudiriam ao cheque. Isso não é, pròpriamente, frustrar o pagamento. Deixar de agir para que o cheque encontre cobertura não é o mesmo que lhe frustrar o pagamento, o que se consubstancia numa atividade posterior à existência de fundos, que são retirados ou bloqueados.

Em suma, o crime de frustração de pagamento depende da existência de fundos suficientes no instante da emissão, aferido pela data lançada no cheque.

8. O ardor com que alguns juristas negam a configurabilidade de crime em havendo pós-datação desborda-se em exageros, como o de que o cheque pós-datado não é cheque, ou é cheque nulo, inapto, portanto, a servir de apóio para qualquer acusação de crime de cheque sem fundos.

O que a lei exige é que o cheque tenha data. O requisito estará plenamente cumprido na pós-data, embora o pagamento não possa ser imediatamente reclamado, o que, aliás, sempre constituiu motivo de controvérsia no

Direito Comercial. Uma das reformas que exatamente se preconizam é a de se firmar nos textos legais, de maneira a excluir tôda dúvida, a exigibilidade imediata do cheque pós-datado.

Foi o que fêz, no art. 28, a Lei Uniforme de Genebra, objeto, no Brasil, do Decreto n.º 57.595, de 7 de janeiro de 1966. Lê-se no seu citado dispositivo que “o cheque é pagável à vista”; que se considera “como não escrita qualquer menção em contrário” e que “o cheque apresentado a pagamento antes do dia indicado como data da emissão é pagável no dia da apresentação”.

Na oportunidade em que redijo estas linhas (novembro de 1968), há nos meios jurídicos do país acirrado debate quanto a estar já, ou não, incorporada ao nosso Direito interno a Lei Uniforme. Aguarda-se ansiosamente o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que dirimirá, com a sua orientação normativa, o perturbador dissídio. Opto pela afirmativa, sem pormenorização, de que neste momento me eximo porque a Lei Uniforme não contém disposições criminais e só incidentemente interessa à repressão penal em matéria de cheque.

De um modo ou de outro, pelo acatamento atual, no mais alto cenáculo da Justiça brasileira, à Lei Uniforme, ou pela adoção de um nôvo diploma legislativo que lhe perfilhe redundantemente as preceituações, a pós-datação vai perder a pecha de ilegitimidade. Assim, indago: se o cheque pós-datado poderá ser levado sem demora à cobrança, ficará destituída de base tôda a torrencial jurisprudência que lhe negou a eficácia de integrar crime? Ou a pós-data ainda achará abrigo na benignidade da magistratura criminal?

Suponho que sim, porque, apesar da permissão legal de cobrança imediata, é possível que o comprovado fato da pós-data indique a combinação de um retardamento em levar o cheque ao guichê bancário, a qual, obedecida ou

não pelo tomador, poderá constituir valioso índice da ausência de dolo específico do emitente.

9. O conhecimento, pelo beneficiário, da falta de fundos, também pode revelar-se na marcação do cheque pelo emissor. Este escreve, no dórso do papel, ou fora do contexto, abaixo da assinatura, que o cheque será bom para tal dia, ou que em tal dia deverá ser exibido ao banco. Iniludível se torna então a ciência do beneficiário quanto à falta de fundos, desde que, é lógico, não se trate de artifício fraudulento do emitente.

Essa ressalva constou já de um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Bem podia ter sucedido que o emitente, verificada a falta de fundos e trazido a êle o cheque, de volta, com a desolada reclamação do beneficiário, houvesse acrescentado os dizeres de marcação, adrede para deformar o cheque e coibir o processo crime.

Um acórdão também argumentou que a hipótese de estelionato, da norma fundamental do art. 171, não podia ser abstraída, pois a lei faculta “que o sacado marque o cheque para certo dia”, quando o portador o consinta. Acreditou o julgado que essa preceituação legal pudesse gerar engano: o beneficiário confundiria “sacado” com “sacador”, ou seja o emitente.

Penso que êsse raciocínio não oferece plausibilidade. Em geral, os que lidam com o cheque, e lidam bem, nunca leram a lei respectiva. Tê-la compulsado já representa uma fase cultural em que o imaginário equívoco é dificilmente concebível.

10. A única marcação de que cogita a lei do cheque é a atribuída ao banqueiro, em conformidade com o art. 11: “Se o portador consentir que o sacado marque o cheque para certo dia, exonera os outros responsáveis” Permite-se ao sacado combinar com o tomador, para dia determinado, a dilação do pagamento, que em consequência passa a ser de exclusiva responsabilidade do sacado.

Advém a substituição do devedor: o banqueiro exclui o emitente².

Fala-se, contudo, em marcação pelo emitente, mas como um desvirtuamento, para designar o caso de, no próprio cheque, o emitente o declarar bom para determinado dia, o que pode ocorrer mesmo sem pós-data. A data da emissão é genuína, mas o emitente esclarece ao tomador que a provisão só estará ao seu dispor em dia futuro, geralmente próximo.

WALDEMAR FERREIRA assim aquilata essa contingência: “Anomalia é todavia que o próprio emitente do cheque neste marque o dia em que deva ser apresentado ao banco, a fim de ser pago. Isso é, evidentemente, esdrúxulo, porque denuncia que o próprio sacador não tem, no banco, fundos para o seu resgate: ou tem-nos insuficientes. Recebendo-o, o beneficiário sabe bem o que recebe”³.

Efetivamente, a marcação pelo emitente, com ou sem pós-data, mostra que o beneficiário ou portador recebeu cheque sem fundos com perfeito conhecimento da realidade. Sofre um engano, ao não encontrar a provisão no dia estipulado. Mas êsse engano se reduz a inadimplemento civil, ressalvada a possibilidade de perfazer com outras manobras os artifícios fraudulentos necessários à integração da figura central do estelionato.

11. Em trabalho elaborado há 26 anos, em que de passagem aludi à emissão de cheque sem fundos, opinei tratar-se de crime formal, em nosso Direito. Não vacilo em reafirmá-lo hoje, sem embargo de doudas manifestações

2. Estudando a Lei Uniforme, julga ANTÔNIO MERCADO JÚNIOR que, perante a reserva do art. 6.º do Anexo II, “é bastante duvidoso que subsista o instituto da marcação do cheque, tal como regulado no art. 11 do Decreto n.º 2.591” (*Nova Lei Cambial e Nova Lei do Cheque*, São Paulo, 1968, p. 177).

3. WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, 1962, 9.º vol., pág. 212.

que já houve em contrário. Digo mesmo que ao ponderar os argumentos opostos se me reforçou a antiga convicção.

Devo inicialmente lembrar que nenhuma incompatibilidade existe entre reconhecer que o crime, em nosso Código, é de simples atividade, prescindindo de um resultado externo destacável da conduta, e aceitar como elemento *sine qua non* da infração o propósito de fraude. Evidentemente, não têm razão os que, proclamando acertadamente que a fraude é indispensável, acreditam com isso afastar o caráter de infração formal.

Por que estaria afastado? Não se vê. O ânimo fraudulento é contemporâneo ao fato da emissão do cheque. O crime está perfeito, porque a emissão foi realizada com o desígnio de ludibriar. Assim colocada a questão, manifesta é a harmonia entre o característico formal do crime e o dolo específico. Nem jamais ninguém se lembrou de cancelar a possibilidade de dolo específico em crimes inconfundivelmente formais.

12. Os juristas que consideram a emissão do cheque sem fundos como delito material fazem depender a sua configuração da inexistência de fundos no momento de apresentar-se o cheque ao sacado, ressaltando como não criminosas as hipóteses de colocação de fundos posteriormente à emissão e — o que por milagre pode acontecer — de pagamento pelo banqueiro em atitude de longanimidade, a despeito da exaustão da conta bancária.

Tais exemplos são usados para pretender que o legislador teria praticado um contrassenso se mandasse impor, ainda assim, a pena, dando como configurado o crime desde o instante inicial da emissão.

Nas hipóteses mencionadas não há, com efeito, interêsse nenhum de repressão penal, e esta não se realiza. O beneficiário não se queixa, pois não sofreu prejuízo. Nem descobre motivo para queixar-se, também porque acredita na boa fé do emitente, a qual pode existir ou não.

Ainda quando não exista, a falta de lesão patrimonial induz o tomador do cheque a abster-se de qualquer providência, que pareceria um simples capricho. E, na análise do caso, todos se inclinariam a interpretar a presença ulterior de fundos como sinal de lisura. O crime não se julgaria aperfeiçoado, pela falta de dolo específico.

Mas essas considerações não decidem do problema jurídico acêrca do momento consumativo. Não será através de raciocínios sôbre política criminal ou a conveniência social de reprimir ou não, que se há de dirimir a questão técnico-jurídica de saber quando é que o fato reúne todos os elementos legais da definição do crime (art. 12 do Código Penal). Para verificá-lo, o recurso é ler atentamente a lei e aplicá-la escrupulosamente.

O nosso estatuto penal reproduz conceito que já vinha da lei do cheque, ao considerar crime o fato de “emitir cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado”. O sacador elabora o cheque, emite-o, sabendo que não há fundos em conta bancária sua. Eis o crime, completo nos seus elementos objetivo e subjetivo, conduta e dolo. Quando o legislador diz emitir, não acrescenta que a consumação do crime fique a depender de apurar o beneficiário a realidade da falta de fundos. Nem mesmo é curial que, sem nenhuma imposição legislativa a tal respeito, simples circunstância da prova de uma infração afete a sua existência. Uma coisa é o crime e outra, bem diversa, é a respectiva comprovação.

13. Argúi-se, em contradita, ser o estelionato, na sua figura nuclear, do art. 171, um crime de dano, e que o de emissão de cheque sem fundos não pode discrepar dêsse molde.

Ora, ao traçar as formas especiais de fraudes, em adiamento à modalidade inicial do capítulo *Do estelionato e outras fraudes*, o legislador não assumiu qualquer compromisso de uniformidade com a figura primeira. Ao contrário, traçou assinaladas diferenciações, para as quais,

precisamente, achou útil criar os textos adicionais. E, aliás, é fácil ver que não só a emissão de cheque sem fundos, senão também outras várias modalidades delituosas compreendidas no mesmo capítulo, são inequivocamente formais. Assim, a figura chamada *duplicata simulada*, do art. 172: o crime se consuma no ato de expedir *duplicata*, atentos os demais dados do texto respectivo, não sendo necessária a contemporaneidade de lesão patrimonial ao ato da expedição. O dispositivo dispensa mesmo a lesão patrimonial⁴. O legislador reprime o fato pelo perigo que acarreta para o crédito mercantil. Na figura imediata, do art. 173, abuso de incapazes, o ato a que é induzido o menor, ou débil mental, ou alienado, deve ser “susceptível de produzir efeito jurídico”, não sendo mister que o produza. A figura imediatamente anterior à da fraude no pagamento por meio de cheque é a intitulada “fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro” (art. 171, § 2.º, n.º V). Basta “o intuito de haver indenização ou valor de seguro” para se caracterizar o crime, uma vez praticados os atos que o dispositivo incrimina.

Outros exemplos ainda poderiam ser apontados, todos de crimes formais, em que a infração se integra antes que se positive a lesão patrimonial, que pode deixar de surgir. Por que, pergunto, só para o caso da emissão de cheque sem fundos seria imprescindível aguardar a recusa de pagamento para considerar tipificado o delito?

14. Alega-se ainda que deixaria de haver o necessário paralelismo entre as duas modalidades do mesmo preceito de lei, emissão de cheque sem fundos e frustração

4. Na recente Lei n.º 5.474, de 18 de julho de 1968, êsse crime passou a ser assim conceituado: “Expedir ou aceitar *duplicata* que não corresponda, juntamente com a fatura respectiva, a uma venda efetiva de bens ou a uma real prestação de serviço” Nas penas estabelecidas também incorre quem falsifique ou adultere a escrituração do Livro de Registro de *Duplicatas*.

de pagamento, se se arredasse a efetividade comprovada de lesão patrimonial na primeira face da alternativa, quando é certo que não se pode evitá-la na segunda.

Tal argumento valeria apenas como crítica ao legislador, acimado de incoerente. Não teria o condão de inutilizar aquilo que êle ordenou na feitura da lei.

Nem a crítica, porém, teria procedência, pois são encontradiças no Código enunciações de delitos em que a conduta assume graus variados de intensidade, de periculosidade ou de lesividade. Assim, por exemplo, nas figuras dos arts. 208 e 209, usa o legislador os verbos “impedir ou perturbar”, deixando claro que os crimes aí conceituados, se se configuram com a ofensa radical aos interesses protegidos, também se perfazem com a mera periclitacão de tais interesses.

Na figura do art. 317 do Código Penal, o gravame patrimonial para o particular, causado pelo funcionário corrupto, pode concretizar-se (é a idéia inculcada pelo verbo receber) e pode não se concretizar (é a idéia que emana do verbo solicitar): o crime é o mesmo nas duas hipóteses.

15. Também se objeta que a emissão de cheque sem fundos não se acha incluída entre as infrações que atentam contra a fé pública, em que o prejuízo potencial seria bastante. Evidente, todavia, é o equívoco, pois já mostrei a existência de crimes formais no setor do estelionato, de dano portanto meramente potencial.

Aliás, o *crimen falsi* parece-se muito com o estelionato. Não se castiga a falsidade de todo inábil para causar prejuízo, a falsidade inócua. Como tal, contudo, não se pode enquadrar o cheque emitido sem provisão de fundos e com o intento de ilaquear a boa fé alheia. Incontestável é a potencialidade do dano. Se êste, após, não se positiva, não é que o crime não se haja configurado, e sim que desaparece o interesse de puni-lo, e ninguém se movimenta

com essa finalidade, ou a circunstância leva a reconhecer a falta de dolo, em face da perplexidade surgida na prova.

16. Não se pense que seja meramente acadêmica a distinção em que estou insistindo. O diagnóstico de crime material, ao invés do correto, de crime formal, tem dado ensejo a soluções de discutível juridicidade na prática dos tribunais.

Um indivíduo emite cheque sem fundos com o qual resgata no vencimento uma duplicata. Já se decidiu não haver crime, porque, no final das contas, o que o emitente fez foi substituir uma prova do seu débito, duplicata, por outra, o cheque sem fundos, permanecendo inalterada a sua posição de devedor. Porque entende, quem assim se pronuncia, dever existir positiva lesão patrimonial para ocorrer o crime. Mas a lei não a exige, satisfazendo-se com o fato da emissão do cheque sem fundos revestida de dolo específico. Este poderá estar presente no ato do emissor, que, suponhamos, com a manobra, evitou o protesto da duplicata, para ganhar tempo, iludindo o titular do crédito e assim praticando “fraude no pagamento por meio de cheque”. De modo algum me parece que a existência do crime se condicione, como já constou de certas decisões, a uma diminuição do patrimônio do tomador.

17 Fora e à margem da lei, a idéia de prejuízo concreto foi criando corpo, cada vez mais, na jurisprudência. Exemplo dessa hipertrofia é um aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo que afirmou a inexistência do crime sem embargo das seguintes circunstâncias: um indivíduo, mediante módica entrada, adquiriu certo objeto a ser pago em prestações, para a primeira das quais emitiu e entregou ao vendedor cheque sem fundos. Foi absolvido, porque o prejuízo não resultou do recebimento do cheque pela vítima.

Segundo essa decisão, para haver a ilicitude penal, já não basta que o tomador vá ao banco e não encontre fundos. O não pagamento, por si só, não constitui prejuízo.

É preciso que o cheque sirva de meio para arrancar à vítima parte do seu patrimônio. O dano deve ser decorrência direta da emissão e entrega do cheque.

Convenhamos em que, se assim fôsse, teria o legislador perdido tempo ao instituir a figura especial do art. 171, § 2.º, n.º VI. Seria mais que suficiente o art. 171, *caput*.

Fraude reprimível existe, certamente, na conduta de quem, com a consciência do que faz, entrega cheque sem fundos ao seu credor, que o recebe na persuasão de ter consigo uma ordem normal de pagamento.

18. Em hipóteses que tais, cita-se habitualmente a lição de CARVALHO DE MENDONÇA de que o cheque não tem o poder liberatório peculiar à moeda e de que é entregue *pro solvendo* e não *pro soluto*⁵. O crédito não satisfeito pelo cheque sem fundos continua intacto. Dir-se-á tudo dizendo que é uma ordem de pagamento, não um pagamento. Assim, se o sujeito ativo nada aufere através do cheque sem fundos, mas apenas dá continuidade a uma atitude mistificadora que já produzira o respectivo gravame, não praticaria — consoante êsse ponto de vista — o crime que estamos estudando.

Não é exato. Reside a infração em iludir ao sujeito passivo, fazendo-lhe pagamento por meio de cheque sem fundos. O fato de não prevalecer tal pagamento, verificada a realidade, de modo algum infirma a ilicitude penal. Dando à modalidade em aprêço o nome de “fraude no pagamento por meio de cheque”, o legislador só poderia mesmo ter em vista um pagamento insubsistente, já que o comportamento do agente se eiva de fraude, tendente a evitar a transferência de numerário.

19. Semelhantemente, aparece o crime no ato de quem dê de presente a alguém cheque sem fundos. Paga-

5. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, 5.º vol. 2.ª parte, n.º 969.

mento é a execução voluntária da obrigação, e esta se delinea ao ser entregue o cheque. Não é preciso que já então exista. Ao dar o cheque, o emitente contrai uma obrigação, que coincide com a entrega do papel. Se não há fundos, ocorre fraude no pagamento por meio de cheque, ante a impossibilidade de solver-se a obrigação.

20. Mesmo o cheque sem fundos utilizado para saldar dívida de jôgo não deve ser exonerado da sanção penal, em virtude do caráter formal do delito.

Certo é que, pelo art. 1.477 do Código Civil, as dívidas de jôgo não obrigam a pagamento. O mesmo texto, aliás, estabelece a regra geral de que não se pode recobrar o que voluntariamente se pagou.

Se o indivíduo, após perder no jôgo, concordou em pagar, e emitiu e entregou cheque sem fundos, cometeu fraude no pagamento por meio de cheque, não importando, a meu ver, que não estivesse juridicamente obrigado a pagar⁶. Assentiu em fazê-lo e deve responder pelo ato fraudulento cometido. Ressalvo a eventualidade de coação, êrro ou fraude, que comprometa o seu consentimento.

Já sob a forma de frustração o crime dificilmente poderia configurar-se, porquanto a ordem de pagamento que o cheque representa pode ser revogada por “motivo legal” (art. 6.º do Decreto n.º 2.591).

21. Últimamente foi dado o mais largo passo nas decisões que exculpam o cheque sem fundos. No Supremo Tribunal Federal, em cuja esteira já se conhecem arestos

6. Na França, tradicional é a severidade da Justiça contra os responsáveis por cheques sem fundos, mesmo quando emitidos para pagar dívidas de jôgo. Ver JACQUES BERNARD HERZOG, *Réflexions sur la législation pénale du chèque*, em *La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence*, Paris, 1965, p. 275. Também, as observações de PIERRE BOUZAT na *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1958, p. 110. Ainda, EUGENIO CUELLO CALÓN, *La Protección Penal del Cheque*, Barcelona, 1944, p. 36.

dos tribunais estaduais, pode-se considerar firme o critério de que o pagamento do cheque sem fundos antes da denúncia impede o oferecimento desta, devendo-se trancar, por falta de justa causa, a ação penal porventura instaurada.

Uma vez que a lei é silenciosa, não se sabe bem qual o fundamento da exigência temporal. Se, no decurso da instrução criminal, já aforado o caso, o réu paga a dívida, por que não o absolver? Seria arbitrária a solução, mas não o é menos na primeira hipótese.

No fim, é a reparação do dano causado pelo crime a fonte da escusa. Observa-se, porém, que o legislador, quando lhe quis conferir essa força, o disse sem subterfúgios. Assim, no peculato culposo (art. 312, § 3.º, do Código Penal).

A emissão de cheque sem fundos, mesmo sem lei que o declare, tornou-se um delito material, cuja consumação retardada passou a ser retardadíssima.

O que, sem violentar as normas legais, se poderia fazer em tal hipótese, em se tratando de delinqüente primário, seria utilizar a faculdade de conversão penal, que possibilita o *sursis*. O parágrafo 1.º do art. 171 permite essa medida se “é de pequeno valor o prejuízo”. Prejuízo desfeito, embora com alguma demora, pode-se considerar de pequeno valor, para o benevolente resultado em aprêço.

A tese de que o crime perde a sua existência ou se torna impunível pelo pagamento do cheque, edificada sem alicerce na lei, abonará condutas criminosas autênticas, inclusive de indivíduos reincidentes, e insuflará as composições entre credor e devedor com influência extintiva da ação penal pública. Não é preciso encarecer mais a inconveniência desse sistema.

22. Importante decorrência da premissa segundo a qual a emissão de cheque sem fundos é crime de simples atividade surge no setor do processo. Imagine-se que o

cheque se emita em Campinas e passe ao beneficiário em Jundiaí para ser cobrado a um banco desta Capital. Averiguada a falta de fundos, indaga-se qual o fôro competente para a ação penal.

O de Campinas, respondo, porque ali o crime se consumou. O da Capital, solucionam outros, entendendo que o momento consumativo se desloca até ao instante da infrutífera exibição do cheque ao sacado. Assim tem reiteradamente decidido o Supremo Tribunal Federal.

Uma explicação intermédia concede primazia ao lugar da entrega do cheque ao tomador. Seria, pois, Jundiaí. Alega-se que a ilicitude só começa a interessar quando o cheque entra em circulação. E propõe-se um exemplo para atribuir desacêrto aos que não comungam dêsse pensamento: se o emitente guarda no bolso o seu cheque sem fundos, praticará, só por isso, um crime?

A resposta resulta de consideração que já aduzi. O crime não se positiva porque é impossível a imputação do elemento subjetivo. O intuito de defraudar, que a lei exige, dificilmente se revelaria sem o contacto entre o emitente e o beneficiário. Se, porém, se demonstra que o cheque se acha guardado para ser usado na ofensa à boa fé, para o que foi dolosamente emitido, não há como recusar a configuração de um crime, ainda que, pelo não uso, ninguém se lembre de providenciar para punir o fato.

Frise-se ainda que as hipóteses cerebrinas como essa, sem lastro na realidade cotidiana, não esclarecem o verdadeiro sentido da lei penal, que é elaborada com intuitos práticos. Quando o legislador erigiu à categoria de crime a emissão dolosa de cheque sem fundos, fazendo ponto final aí, sem prolongar o *iter criminis*, não cogitou de que o cheque poderia não entrar em circulação. E não cogitou porque isso não é o que costumeiramente acontece. O cheque é feito para ser usado. Um caso ou outro em que o não seja não perturba o exato pressuposto em que se situou o legislador ao encarar o que é comum acontecer.

23. Os juristas que, à revelia do texto expresso de lei, transportam para fases distantes da emissão o momento consumativo, esbarram numa tremenda dificuldade, que resolvem arbitrariamente. Qual, perante a lei penal, a posição do endossante consciente da falta de fundos? Se o crime só se aperfeiçoa, como êles ensinam, no ato da entrega do cheque ao tomador, ou no ato da sua apresentação ao banco sacado, deveriam logicamente considerar o endossante como co-autor do crime do emitente, porquanto interveio em uma conduta criminosa que ainda se estava desenvolvendo, chegando pois a tempo de atuar com participação enquadrável no art. 25 do Código Penal. Estaria coadjuvando num crime ainda não ultimado. Pelo meu ponto de vista, o endossante subtrai-se à lei penal, que se descuidou de abrangê-lo.

Como, entretanto, aquela conclusão de co-autoria seria extremamente esquisita diante do verbo emitir (“emitir cheque sem fundos”), o qual delimita cronologicamente a conduta, deixando transparente que o endossador encontra um crime consumado, do qual por isso não pode ser co-autor, os engenhosos juristas constróem uma estranha teoria. Necessitam esforçar-se para abranger de algum modo o endossador. E articulam que o endosso equivale a uma nova emissão. Quem o realiza, emite. Aplica-se-lhe, portanto, o verbo emitir. .

E assim temos a analogia incriminadora, aproveitada sem se dizer que se pretende analogia. Que é analogia, não há dúvida, pois emitir cheque e endossar cheque não são e nunca foram a mesma coisa. São apenas situações semelhantes.

24. Entre os que apoiam o critério de reputar formal o crime sob a modalidade de emissão, surgiu uma variante: é formal, sim, mas o elemento objetivo completa-se com a entrada do cheque em circulação. Para os que assim pensam, emitir o cheque não é apenas criá-lo, senão também colocá-lo em circulação.

Percebe-se, nessa maneira de entender, o desejo de resolver certas dificuldades decorrentes da rígida acepção de “emitir”. Como, por exemplo, se alega não se dever considerar existente o crime se, elaborado o cheque sem fundos, permanece êle, sem uso algum, em poder de quem o perfez, sobrevém a idéia de explicar que semelhante cheque não foi emitido, já que não entrou em circulação.

Mas essa assimilação do fato de emitir ao fato de pôr em circulação o cheque é infundada. O verbo emitir tem, na lei do cheque, como na lei cambial, um significado preciso, que não comporta aquela ampliação, apesar do excelente intuito que a inspira. Emitir é, apenas, criar o cheque, e não utilizá-lo. A emissão exaure-se com a assinatura, e quem o assina se chama emissor ou emitente porque, com êsse ato, completou a emissão. Consulte-se, por exemplo, o capítulo intitulado *Da emissão do cheque* em CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, 5.º vol., 2.ª parte, ns. 992 e 1011. Numerosas vêzes emprega a palavra emissão como sinônimo de criação, do cheque. Não encontrei aí e em nenhum outro comercialista, dentre os que mais se dedicaram ao estudo do cheque no Direito brasileiro, ninguém que empregasse o vocábulo emitir com o alcance de lançar em circulação.

Metódico, CARVALHO DE MENDONÇA esgota o tema da *emissão do cheque*, em capítulo subordinado a êsse nome, para a seguir dissertar, separadamente, em tórno da “circulação do cheque”, deixando óbvio que está visualizando fenômenos diversos e sucessivos.

Na Lei Uniforme, o primeiro capítulo denomina-se *Da emissão e forma do cheque*; o segundo, *Da transmissão*.

25. Algumas palavras devem ser ditas sôbre outros crimes relativos ao cheque além daqueles de que se ocupa o art. 171, § 2.º, n.º VI, do Código Penal.

Sem referência taxativa, êsse estatuto pune exacerbadamente a falsificação material de cheque, equiparando-o

a documento público (art. 297, § 2.º). A falsificação pode ser ideológica se, genuína a assinatura do emitente, o tomador excede no preenchimento de espaços em branco os poderes convencionados com aquêle; notadamente, agravando a cifra.

Ao passo que na derradeira conjuntura a culpa manifesta do emissor o leva a suportar totalmente o prejuízo, é o estabelecimento sacado que o sofre se paga cheque materialmente falso. A menos que haja culpa exclusiva do emitente, o que conduz a onerá-lo. Se ambos são culpados da negligência, o dano se divide salomônicamente, segundo a jurisprudência.

Cheques com assinatura fictícia aparecem freqüentemente nas maquinações dos burlões. O emissor lança firma inexistente, ou sem qualquer semelhança com alguma homônima, geralmente em talão desviado de outrem. Os tribunais têm propendido, com boas razões, a enxergar nessas trapaças, já não o crime de falsidade, e sim o de estelionato, da cabeça do art. 171, por não haver a *imitatio veritatis* e nem mesmo, a rigor, a *immutatio veritatis*, a alteração da verdade, no sentido que envolve a preservação da fé pública.

Mas há situações em que a falsidade material se tipifica, e, como o cheque é utilizado para ludibriar, controverte-se sôbre a capitulação da ocorrência, havendo quem entenda que a falsidade, tida então como crime-meio de estelionato, é absorvida por êste.

Penso de modo diferente. Em princípio, se o agente, com o mesmo desígnio, realiza uma conduta que incide em dois dispositivos penais, deve responder por um concurso ideal, nos têrmos do art. 51, § 1.º, do Código. Também pode acontecer que a conduta caminhe por etapas em que bem demarcadamente se perfaçam as duas infrações, pelas quais o agente responderá, em concurso real.

Mas às vêzes ambas as modalidades, estelionato e falsidade, se interpenetram profunda e inseparavelmente,

de maneira a compreender-se que, com a preocupação extremada de evitar o *bis in idem*, se opere a exclusão de uma pena pela outra, que passa a absorvê-la.

Nessa hipótese, a figura de pena mais severa é que deve preponderar: *poena major absorbet minorem*. A falsidade material sobrepuja o estelionato. Note-se, aliás, que a falsidade é uma espécie de estelionato qualificado. O documento forjado o é para ser usado como meio iludente. Não há motivo para desprezar-se o acréscimo penal correspondente a essa qualificação.

Há pouco tempo, fui ouvido sôbre o seguinte caso. Em um dos grandes restaurantes desta Capital banquetearam-se um refinado farsante e a sua larga roda de convidados, cêrca de vinte pessoas. Após os licores e o café, o anfitrião emitiu um cheque de respeitável importância, para pagar a dívida, e retirou-se, tranqüilo. O cheque fôra escrito em talão furtado e a assinatura era imaginária.

Houve, sem dúvida, o pequenino crime a que os franceses chamam *filouterie d'aliments*, previsto no art. 176 do nosso Código. Esse crime estava consumado no instante do engendramento do cheque, o que constituiu um crime suplementar, de estelionato, segundo a tendência dominante nos tribunais. Embora seja certo que o estelionato se seguiu ao crime do art. 176, a absorção, aí, da modalidade menor pela maior era admissível, porque a lesão patrimonial foi uma só para as duas infrações e porque o bem jurídico protegido é o mesmo nos dois delitos.

Visto que a emissão de cheque sem fundos não é crime contra a fé pública, cujo corpo de delito deva ser submetido ao exame da Justiça, não há necessidade da presença do cheque, em seu original, nos autos da ação repressiva, que pode ser instruída, suficientemente, com cópia fotostática ou certidão do protesto, formalidade que também não é indispensável ao procedimento penal.

26. O flagelo do cheque sem fundos não diminuiu em São Paulo com a instauração *ex officio* de inquérito policial,

graças à comunicação que, até há pouco tempo, os cartórios de protestos eram obrigados a dirigir à Polícia, em cumprimento a determinações da Corregedoria Geral da Justiça, afinal canceladas. Não se justificava, realmente, essa orientação, dado o comum desvirtuamento do cheque, em sua utilização como documento de garantia de dívida. Avultado era o número de trabalhosos inquéritos votados ao arquivamento.

E, se diminuíu, não desapareceu o descalabro com a pesada sanção fiscal e as restrições bancárias previstas pela Circular 1/65, do Banco Central, em harmonia com a Lei n.º 4.505, de 30 de novembro de 1964, que, dispondo sobre o impôsto do sêlo, cominou multa de valor igual ao inscrito no cheque, e nunca inferior a cinqüenta cruzeiros novos, aos emitentes de cheques para os quais não houvesse cobertura na data da apresentação aos sacados.

Essa lei, entretanto, foi revogada pela de n.º 5.143, de 20 de outubro de 1966, que instituiu o impôsto sobre operações financeiras, o que levou o Banco Central a expedir a Circular 58, de novembro do mesmo ano, onde se vê que, na apresentação de segundo cheque sem provisão ou com insuficiência de fundos, o correntista fica tão-sòmente sujeito ao encerramento da conta no banco em que ocorre o fato, com indicação do seu nome aos demais estabelecimentos bancários. Nota-se na mesma Circular que tal sanção não é inapelável.

As disposições da lei do cheque de 1912, arts. 6.º e 7.º, que impunham a multa de 10% à emissão de cheque sem fundos e à frustração de pagamento, deixaram de vigorar, em face da lei de 1964, à sua vez revogada. Já que, como adverte a Introdução ao Código Civil, a lei revogada não recupera a vigência por a ter perdido a lei revogadora, inexistente, presentemente, penalidade fiscal para a emissão de cheque sem fundos e para a frustração de pagamento de cheque.

A esperança de melhores dias está no fortalecimento das medidas que os bancos devem tomar, alijando efetivamente os correntistas inidôneos, e na reforma das nossas leis penais, de maneira a proteger-se eficazmente o instituto do cheque.

27. O Anteprojeto do Ministro NÉLSON HUNGRIA, elaborado por incumbência do Governo federal em 1963, quase nada aperfeiçoa no assunto. Pequeninina é a mudança que propõe, e só de redação. Onde está escrito, no Código, “frustra o pagamento”, lê-se “defrauda o pagamento”. Repete-se a designação marginal do dispositivo e não difere da que existe a denominação do capítulo. A prevalecer a disciplina alvitrada para a matéria, continuará interminavelmente a discussão dos problemas expostos.

Exceto em um ponto. No art. 6.º, o Anteprojeto declara que, “salvo disposição em contrário, o crime se entende praticado no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”. Acredito que perante essa regra todos entenderão que o *locus delicti* da modalidade consistente na emissão de cheque sem fundos será o lugar onde o cheque foi criado.

Noticiou-se que, nos trabalhos da revisão do Anteprojeto, se bipartiu a norma transplantada do Código, para inserir a sua primeira parte no setor dos crimes contra a fé pública, sob a rubrica “cheque sem provisão”, enquanto que a frustração de pagamento ficaria assimilada ao estelionato⁷.

Assim, o Anteprojeto passa a enquadrar a primeira figura entre os crimes formais e a segunda entre os crimes materiais, dando solução, nesse aspecto, à pendência doutrinária. É um relativo progresso, consistente na clareza.

28. Penso, porém, que se deveria aproveitar o ensejo para uma reforma de maior profundidade.

7. É o que elucida HELENO CLÁUDIO FRAGOSO na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, 1966, p. 170.

A inserção da primeira forma delituosa no setor dos crimes contra a fé pública evitará que se exija a efetividade do dano, com o que muitas dúvidas serão eliminadas. Não afastará, porém, as objeções sôbre o intuito de ludibriar, sôbre a natureza e as conseqüências do elemento subjetivo na incriminação. Continuará a escapar às sanções penais o emitente de cheque sem fundos, se o tomador tiver conhecimento da falta ou insuficiência da provisão, pois em favor do acusado se invocará a ausência de dolo. Mesmo à luz dos elementos alusivos ao dano potencial e à alteração da verdade, a configuração delitual será passível de dúvida. Não será então perfeita a tutela do cheque como instituto jurídico.

Por outro lado, se ao Direito Penal cumpre impedir o desnaturamento da instituição do cheque, não pode deixar de atender à hierarquia dos gravames produzidos pelo mau uso dêsse prestimoso instrumento das relações econômicas. A repressão penal do cheque sem fundos deve observar um escalonamento, que pode ser posto em prática dentro de um só capítulo, sem a artificial cisão preferida no Anteprojeto revisto e também cogitada por SOLER no seu Anteprojeto de 1960 (arts. 218 e 240).

Proponho a adoção de três figuras, que participariam, ao lado dos preceitos concernentes à duplicata simulada e ao *warrant*, de um capítulo à parte dentro do setor dos crimes contra o patrimônio. Na primeira, de penas mais severas, punir-se-ia o uso, com o intuito de prejudicar, de cheque a que não correspondessem fundos. A segunda, atenuadamente, abrangeria a quem, cientemente, entregasse cheque sem fundos a outrem, que, ciente por igual, ficaria sujeito às mesmas penas. A terceira seria uma figura de culpa restrita, destinada a punir, preferentemente com simples pena pecuniária, a quem por negligência emitisse cheque sem fundos. A consumação, nos três casos, dependeria da falta de fundos até o dia seguinte ao da apresentação do cheque ao banco. Há no Direito comparado exemplos de prazo muito maior.

A tolerância de um dia, através dessa condição objetiva de punibilidade, permitiria sanar a mera inadvertência e tornaria excepcional, como convém, a imposição de pena por crime culposo, modalidade que entretanto completaria útilmente o sistema, concorrendo para preservar o cheque como instituto.

Esse prazo excluiria tôda incerteza sôbre o momento consumativo das infrações e o lugar da consumação, sem necessidade de lhes conferir caráter formal. E tornaria prescindível a figura da frustração de pagamento.

Incriminando-se o uso, ao invés da mera emissão, levar-se-ia em conta o que em verdade importa e abranger-se-iam o avalista, o endossante e mesmo o portador que, sem endôssos, utilizasse dolosamente o cheque.

A figura da extorsão indireta, que não tem sido aplicada senão a propósito do emprêgo de cheque em operações usurárias, seria abolida, graças à incorporação da hipótese na segunda figura, à qual, contudo, também não se evadiria o emissor. Com a ameaça penal para ambos os intervenientes, é provável que fôssem abandonados os cambalachos mediante pós-data. E esta jamais constituiria obstáculo à repressão penal, pois a falta de provisão seria sempre a que se verificasse ao apresentar-se o cheque à cobrança.

Preliminares ao estudo da estrutura do delito*.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo.

1. O delito é uma estrutura jurídico-social, um fator negativo, mas que integra o mundo cultural do direito; não é, pois, mero fato natural qualificável “ab extra”, segundo os padrões valorativos dominantes numa comunidade. Isto quer dizer que o conceito de delito é o resultado de uma elaboração mental, modelado pelo pensamento reflexo, a partir de dados naturais, ou por outras palavras, é uma “entidade cultural”, cujos elementos componentes, naturais e éticos, devem ser rigorosamente analisados.

A integração do crime na tela do Direito pode, à primeira vista, parecer estranha, pois a consideração necessária dos *elementos naturais*, que estão na base de todo delito, quer com relação à pessoa do réu, quer com relação ao complexo de circunstâncias condicionantes da ação, tem levado, comumente, à materialização do fato delituoso, como se este fôsse algo situado fora do “mundo do direito”, quando, ao contrário, a experiência jurídica se compõe tanto de *atos lícitos* como de *atos ilícitos*, espécies que são de *atos jurídicos*. A identificação entre ato jurídico e ato lícito é mero artifício de abstração conceitual, com olvido da polaridade inerente à vida do direito, impensável sem o “direito” e o “tôrto”.

* Comunicação apresentada ao III Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo, em 1968.

Não é indispensável aceitar o monismo normativista de Kelsen para reconhecer que o Direito, qual nôvo rei Midas, de certo modo converte em jurídico tudo aquilo em que toca, seja o objeto de sua atenção um ato de comércio, um ato de amor, ou um ato delituoso.

Numa compreensão culturalista do Direito, à cuja luz não há experiência jurídica que não envolva um problema de valoração, a infração penal se constitui da mesma forma como se estrutura o ato lícito, mas com uma diferença essencial de sinal axiológico, conforme a natureza que lhes é própria, pois uma *nega* um valor jurídico, e o outro *realiza* um valor jurídico.

A compreensão do delito como elemento integrante do mundo do direito permite-nos superar tanto as teorias fiscalistas da ação, quanto o seu puro entendimento lógico-formal, máxime quando se pensa que a experiência jurídica é essencialmente axiológica, constituindo uma trama de relações determinadas por fins diversos e opostos, visando-se à ordem num contraste permanente de interesses, com atos positivos (lícitos) e negativos (ilícitos) consoante os clássicos axiomas axiológicos de FRANCISCO BRENTANO:

- a) a existência de um valor positivo é, em si mesma, um valor positivo;
- b) a existência de um valor negativo é, em si mesma, um valor negativo;
- c) a inexistência de um valor positivo é, em si mesma, um valor negativo;
- d) a inexistência de um valor negativo é, em si mesma, um valor positivo.

2. Quando digo que o delito é um “ente jurídico”, situo-me por conseguinte, em função da compreensão fenomenológica da experiência jurídica concreta, e não apenas, no plano puramente conceitual, como o fez a Escola Clássica ao considerar o delito um *ente jurídico*, mas

apenas e tão somente em termos normativos, enquanto violação de uma lei penal aprioristicamente concebida. Se a êsse entendimento formal os positivistas contrapuzeram a visão do crime como *fato natural*, passou-se de uma abstração a outra, devendo o delito ser antes concebido como ente jurídico, sim, como pretenderam os clássicos, mas na concretitude da experiência histórico-social, sem a unilateralidade do racionalismo normativista abstrato.

O conceito de delito como “categoria jurídica concreta”, (e não como pura categoria lógico-formal) longe de representar uma anomalia, resulta de uma exigência conatural ao direito, que, no ato de aplicar sanções e como condição da legitimidade da pena, alberga em seu seio o acusado, respeitando-o como homem e sujeito de direito, por mais repulsiva que possa ser a ação criminosas.

Há, assim, algo de paradoxal no Direito Penal, que, constituído para lutar contra o ato “oposto ao direito”, recebe-o em seu ordenamento, como único modo de combatê-lo, sem atingir a liberdade e os demais valores da pessoa humana, a não ser na medida adequada e necessária à punição de cada infração penal. A experiência jurídica, tal como procuro demonstrar em meu recente livro *O Direito como Experiência*, sendo sempre uma *exigência de liberdade* e uma constante escolha entre múltiplas alternativas, é em si mesma problemática, sendo tal problematismo acentuado pela presença de um outro fator, não menos necessário, que é *exigência de autoridade* capaz de assegurar e preservar a coexistência efetiva das liberdades e o bem estar social.

Não há nada de absurdo no fato de situar-se o *delito* no mundo do direito, a não ser para aquêles autores que o reduzem aos seus elementos materiais. O hábito de pensar-se o delito fora da “experiência jurídica”, — além de implicar o vício lógico de falar-se em crime, como se êste não fôsse sempre um fato *juridicamente* qualificado, — olvida o aspecto essencial, já apontado, da enucleação

jurídica do fato lesivo para que a autoridade possa aplicar a sanção nos limites da *liberdade*, que é o pressuposto lógico e ético da punição mesma. Essa polaridade tensional reflete-se, como veremos, na relação entre os elementos subjetivos e objetivos que estruturam o delito, o que demonstra quão artificial é a disputa travada entre os “analistas” e os partidários de uma visão “sintética” ou de conjunto das notas distintivas do delito.

3. As considerações supra já nos permitem dizer que o delito não se reduz, nem à materialidade do fato, nem se esfuma nos enlacs *formais* da imputabilidade normativa, porquanto nem aquêle seria *fato “jurídico”*, nem aquela seria *norma “jurídica”* se ambos não se qualificassem em função de valorações típicas. A meu ver, é só em virtude dessa triplíce e correlacionada perspectiva que se pode determinar a estrutura do delito, devendo os seus elementos ser objeto da mais cuidadosa análise, mas sem perda da visão sintética do conjunto. Há mais: os três fatores acham-se tão intimamente correlacionados que só se pode pensar em “*fato típico*” enquanto se pensa num *tipo ou escala de valores* dominante no seio do grupo, o que se espelha também na *tipicidade do enunciado normativo*. Como se vê, não se trata de elementos submersos numa unidade amorfa e indiferençada, mas antes de *fatores sincrônicos*, cujos sentidos se interpenetram e se complementam.

Considerado o problema, não no momento da aplicação da norma penal, mas no da sua gênese, no instante em que dada ação seja reputada penalmente ilícita, torna-se, a meu ver, manifesto que o legislador, no ato de determinar a estrutura conceitual de um nôvo delito, teve presentes um *fato típico*, considerado lesivo de um bem ou *valor jurídico*, e, como tal, *normativamente reprovável*. Se transpusermos o mesmo raciocínio para o momento da aplicação da regra penal, veremos que só há crime quando um *fato* (que pode ser um *ato* situado como acontecimento

delimitado em uma certa relação espaciotemporal) é lesivo de um bem jurídico, segundo os *valôres* vigentes em dado ciclo histórico, e é considerado axiológicamente negativo (*antijuridicidade* como dimensão axiológica objetiva do fato) e, como tal, reprovável e punível segundo a norma determinadora das razões e limites de culpabilidade. Como se depreende do exposto, a compreensão tridimensional do direito põe sob nova luz a teoria *normativa* da culpabilidade, apresentando-a como o momento culminante e integrante de uma correlação fático-axiológica.

O delito, em suma, como todo elemento da experiência jurídica, apresenta uma *estrutura tridimensional*, pois é só se configura quando se correlaciona um fato a um desvalor na medida tipificada por uma regra de direito, o que tudo demonstra que a *teoria tripartida* dos elementos constitutivos do delito (tipicidade fática, antijuridicidade e culpabilidade) encontra a sua razão de ser na essencial estrutura tridimensional, fático-axiológico-normativa, do delito mesmo. É a razão pela qual, se nem sempre aquêles elementos se apresentam claramente distintos, tornando-se difícil, em certos casos, distinguir entre fato e antijuridicidade ou entre esta e a culpabilidade, não é dito que não estejam sempre presentes em tôda ação criminosa, nem que, como pretende PETROCELLI, com o apôio de BETTIOL, aquela tripartição tenha “um valor inteiramente convencional, em função unicamente instrumental”. Trata-se antes de uma distinção de elementos constitutivos, essenciais à estrutura de todo delito, elementos êsses que, como já salientei, acham-se intimamente correlacionados, de maneira sincrônica, o que explica se possa falar em “elementos normativos do fato”, ou em “elementos subjetivos da antijuridicidade”, sem que isto signifique o mero caráter eurístico ou “programático” da distinção acolhida.

4. Discutem até hoje os penalistas se é preferível empregar as palavras *ato*, *ação*, *conduta* ou, mais genêricamente, *fato*, para indicar o “elemento material” (com

quanta apreensão emprego êste termo, na falta de mais adequado!) do delicto.

A oposição entre *ato* e *fato* parece-me resultante de uma colocação abstrata do problema, quando, na realidade, os dois conceitos se correlacionam segundo dois ângulos distintos: o genético, e o objetivo. O ato ou a ação (tomados êstes termos como sinônimos) situa-se no momento genético ou materialmente constitutivo do delicto; o fato, em última análise, representa o ato enquanto “feito”, já situado nas coordenadas do espaço e do tempo, de tal modo que só pode ser visto como “ato passado”, em si pleno e conclusivo. Tal fato envolve a ação ou a inação do réu na totalidade de sua “circunstância”, a começar pela sua radical circunstancialidade bio-psíquica, corpórea. Quanto a êste último ponto, diz bem GIUSEPPE BETTIOL que se deve “seguir o processo inverso ao seguido pelos positivistas, fazendo confluír sôbre a ação todos os componentes da personalidade ético-social do réu, a fim de que a ação alcance relêvo, realce e conteúdo”.

Quando, pois, se fala em *fato*, como elemento constitutivo do delicto, aquela palavra abrange não só o que naturalmente ocorre no plano da ação e é suscetível de ser explicado pelas ciências naturais, mas envolve também a sua “referibilidade” a algo (um *valor*) que torna possível a compreensão mesma do fato, pois, em última análise, não há *fato bruto*, nem ação humana mecanicamente causada, independentemente de valores e de fins.

Quando se fala em “leis naturais” que regem o *fato*, deve-se ter presente que a ação humana resulta de causas e valorações, de fins e motivos, segundo o que HUSSERL denomina “*causalidade motivacional*”, pondo a motivação como lei fundamental do mundo espiritual.

Seja-me permitido transcrever aqui duas passagens de meu livro *O Direito como Experiência*, no qual focalizo alguns aspectos da questão:

“Afirma com razão HUSSERL que, “quando o estudioso, que se move no âmbito das ciências do espírito, fala de *regras*, de *leis*, que regem os modos de comportamento ou os modos de formação de certas figurações culturais, as *causalidades*, que em tais leis encontram uma sua expressão geral, são coisas bem diversas das causalidades naturais”. (Cf. HUSSERL, *Ideen*, II, Cap. 2, §§ 54).

“Na realidade, quando o juiz examina qualquer *fato* trazido ao seu conhecimento, seja êle de natureza civil ou penal, como por exemplo, a recusa do devedor a pagar uma letra de câmbio, ou o furto por êle feito do comprovante da dívida, há em ambos os casos, duas perspectivas distintas, mas intimamente conjugadas: a da *verificação da ocorrência*, como um dado objetivamente certo; e a do *sentido* que lhe é próprio. No ato de certificar-me de um fato, de certa forma já o qualifico, reconhecendo-o e incluindo-o em uma conduta típica: num segundo momento, essa qualificação típica, feita ao nível imediato da causalidade motivacional, é referida à qualificação abstrata contida no *modelo jurídico*, podendo tornar-se ou não uma “qualificação normativa”, da qual deflui *eo ipso* a imputação da responsabilidade ao autor pelas conseqüências jurídicas emergentes do fato.

“É claro que, na certificação do fato, deve-se recorrer a processos e técnicas que pressupõem o determinismo das leis naturais, mas êsse enlace causal, não exclui, mas antes exige, o exame da intencionalidade que o acompanha e lhe dá sentido, o que não significa que só por isso deixe o mesmo de ser *objetivo*, isto é, um fato situado delimitadamente no tempo.

“O que ocorre é que, muitas vêzes, a percepção do fato na sua manifestação imediata (Fulano feriu Beltrano) é bastante como *base de fato* para um inquérito policial, muito embora possa não sê-lo para a instauração de um processo judicial ou a condenação, mas mesmo aquêle dado de fato elementar é *fato significativo de algo*, correlacio-

nável à possível lesão de um valor, como é o da integridade física da vítima.

“Há, pois, no conceito de *fato*, capaz de interessar ao Direito, sempre uma nota de tipicidade, pelo menos embrionária, nota essa que é de natureza axiológica.

“A rigor, é a já apontada qualificação do fato ao nível imediato da causalidade motivacional que torna possível a síntese ou integração normativa: a tipicidade opera, por conseguinte, como elemento de mediação entre o nexo fato-valor e a solução representada pela norma de direito.

“Pode-se concluir, por conseguinte, que *fato*, para o Direito, no momento dogmático de sua qualificação normativa, não é algo “determinado segundo leis naturais”, consoante a imagem fisicalista que prevalece, por exemplo, em tôda a obra jurídica de PONTES DE MIRANDA; isto é, não é algo pôsto *ab extra*, como uma coisa que “entre”, em dado momento, a fazer parte do mundo do direito, mas já é *fato dotado de sentido*, dêsse mesmo sentido que se objetivou, abstratamente, na estrutura do *modelo jurídico* (.)

“Há, porém, na colocação naturalística do *fato* um aspecto positivo a ser assinalado: é a sua consideração retrospectiva, no passado, como um dado que foi o que foi, ou, em linguagem mais adequada, *que só pode significar aquilo que lhe corresponde como acontecimento concluso*, a ser objetivamente analisado em sua imutável configuração espaço-temporal; o fato é o *já feito* (o não pagamento de uma letra de câmbio, por exemplo, em tais ou quais épocas e circunstâncias) no quadro de sua inalterável causalidade motivacional. Nesse sentido, o jurista deve colocar-se perante o fato com a mesma intencionalidade reprodutiva que dirige o cultor das ciências naturais, ao querer “retratar o fato”, no instante em que se concluiu.

“Por mais, porém, que o jurista se empenhe em despersonalizar-se, procurando captar e reproduzir o fato

sub judice, tal como na realidade se deu, nem por isso o fato deixa de ser uma “estrutura significativa”, ou seja, *um fato a ser valorado nos limites de uma situação espaço-temporal conclusa*. A dificuldade consiste exatamente nesse ponto: em dever-se captar o fato naquele particular instante em que se verificou a incidência normativa, geradora da imputabilidade, a despeito de tratar-se de “momento” de uma realidade histórica cambiante. Note-se, aliás, que o *fato* implica e absorve em si todos os fatos anteriores que se ponham diretamente como seu ingrediente motivacional, sem o que a sua configuração resultaria mutilada. Já os fatos outros, que se seguirem ao *fato* “*sub judice*”, poderão, sem dúvida, influir na sua qualificação normativa final, mas não podem interferir em sua retratação espaço-temporal básica. Dir-se-ia que o fato é um “fragmento de tempo” cuja história se quer reproduzir, não para efeitos de interpretação histórica, mas de *compreensão normativa*, a qual, implica o seu *sentido temporal*.

“No conhecimento de todo fato humano mister é, com efeito, *compreendê-lo* (no sentido que DILTHEY e os mestres alemães dão ao termo *verstehen*) isto é apreendê-lo em suas objetivas conexões de sentido, numa totalidade concomitantemente intencional e motivacional. O fato que interessa ao Direito é o evento real na plenitude de seu significado, o que envolve tanto o exame de seus enlaces causais como o plano mais profundo das motivações”. (*O Direito como Experiência, cit.*, pgs. 205-206; 207-208, sem transcrição das notas).

5. As considerações acima expendidas demonstram que não há que falar em *fato-puro*, nem em ação natural ou incolor, à qual se agregue, por justaposição normativa posterior, um sentido de antijuridicidade, pois todo fato, juridicamente relevante, já surge, “qualificado ao nível da causalidade motivacional”, sendo insuscetível de ser expli-

cado segundo os esquemas da causalidade natural, ou liames mensuráveis e mecânicos de causa e efeitos.

Na realidade, o fato que está na base de delito, nasce, por assim dizer, colorido ou embebido de valorações, correspondentes ao sistema cultural vigente, o que não significa que essa dimensão axiológica se reduza ao sentido finalista da ação.

A *teoria finalista da ação*, que conta com WELZEL e MAURACH entre os seus mais penetrantes mentores, como tem sido reconhecido até mesmo pelos seus críticos mais veementes, teve o mérito de mostrar a insuficiência da doutrina que situava o problema da ação em termos de mera produção de resultado, muito embora se excedesse fundando a incriminação penal no fim ou propósito do agente, ou melhor, na *finalidade intrínseca ou imanente à ação*. Essa estrutura do delito, com base na finalidade ou no escôpo da ação, teve como conseqüência a fratura da ação mesma, deixando fora do Direito Penal todo o domínio das ações culposas, que se caracterizam pela ausência da intencionalidade no advento do fato punível. Nem valeu para salvar a doutrina o recurso artificial ao conceito de “intenção presumida” ou de “intenção previsível”, como implícito nos crimes culposos.

A unidade da ação será, todavia, preservada, se considerarmos essencial ao delito a sua *fundação axiológica*, que é o cerne da antijuridicidade. Esta depende tanto de elementos *subjetivos* como de *objetivos*, muito embora possa haver compreensíveis variações nos índices de uns e de outros, de conformidade com a natureza peculiar a cada tipo de comportamento. É essencial, preliminarmente, não se identificar o “subjetivo” com o “intencional”, como se o “não intencional”, ou o não desejado e querido, fôsse subjetivamente irrelevante: o fato de não ter havido o propósito de produzir a lesão de um bem jurídico não exclui, mas antes exige o exame do aspecto ou momento *subjetivo* da ação, inclusive para se poder caracterizá-la

ou não como culposa. A “ausência de intenção” constitui, em suma, um elemento subjetivo que se liga a um esquema de valorações objetivas, resultando dêsse duplo fator a determinação da antijuridicidade.

Como se vê, na análise do ato culposos, realizada “*a parte subjecti*”, o elemento intencional é focalizado, por assim dizer, de maneira negativa, em função das consequências *objetivas da conduta*, ativa ou omissiva do agente, desde que em conflito com dado quadro de valores merecedor de tutela penal. Em se tratando de atos dolosos, ao contrário, ganha relêvo e positividade o elemento intencional ou finalístico, ocupando o centro da “*estrutura axiológica*” que condiciona e legitima o juízo de culpabilidade. É preciso, pois, considerar o elemento finalístico da ação como uma das possíveis hipóteses da dimensão axiológica da conduta, aquela na qual a valoração do ato, em sua plenitude, seria impossível sem se levar em conta a intencionalidade ou o querer concreto do agente, a sua vontade ordenada segundo o fim por êle deliberadamente proposto.

Como penso ter demonstrado, em meus livros de Filosofia do Direito, o conceito de *fim* é consecutivo ao de *valor*, visto como um fim é “*um valor enquanto motivo determinante da conduta*”. Dizemos que algo é fim de nossa conduta, quando algo se põe como razão ou *valor* da conduta mesma, pois ninguém se propõe a atingir um *objetivo* que não seja reputado *válido*, ainda que seja errôneo ou insubsistente o juízo formulado. Daí dizer que o elemento finalístico é uma decorrência de um juízo de valor. Essa distinção essencial entre *valor* e *fim* leva-me a distinguir, também, entre a teoria axiológica e a teoria finalista da ação, parecendo-me que só a primeira nos permite a compreensão integral do delito. Por motivos que logo mais aduzirei, o crime, seja êle doloso ou culposos, só é determinável como tal enquanto a ação se situa numa “*estrutura axiológica*”, que implica, concomitantemente,

fatores subjetivos e objetivos, ficando patente a insuficiência da teoria finalista que só dá atenção e relêvo ao elemento intencional da ação.

Não me é possível, nos limites desta comunicação, estender-me sôbre o que denomino “*teoria axiológico-estrutural da ação*”, mas não posso deixar de acentuar que a conduta deve ser sempre examinada em sua concretude, à vista dos valores e fins a ela imanentes e do que ela significa dentro da estrutura social em que se desenvolve, pois a antijuridicidade de um ato delituoso e a sua reprovação repousam sôbre um “*plexo de valorações*”, desde as que convergem para o âmago da consciência do agente, até as que buscam as pautas estimativas objetivadas ao longo do processo histórico.

Nenhuma ação humana alberga um *sentido* a ela imanente e nela todo concluso, pois, se a sua significação é inseparável dos elementos que lhe são peculiares, também depende do complexo de circunstâncias em que o fato ocorre. Consoante tem sido reconhecido por pensadores das mais diferentes tendências, como é o caso, por exemplo, de JASPERS e de AYER (Cf. *O Direito como Experiência*, cit., pp. 175 e segs.) todo ato humano não é apenas condicionado quanto à sua gênese, mas também o é quanto ao seu significado: êle é o que é numa certa “*estrutura*”, graças à qual adquire sentido e se torna “*comunicável*”.

Prefiro dizer que tôda conduta possui um *sentido* que lhe é próprio, sentido êsse resultante tanto de fatôres imanentes ao seu processo, como de elementos que com os mesmos se correlacionam numa *forma (Gestalt)* ou *estrutura axiológica*, que representa, por assim dizer, a figura do ato em sua significação integral. Assim sendo, a ação ou a omissão do réu é *componente essencial* da estrutura do delito, mas não é elemento bastante para a formação de um *juízo normativo de culpabilidade*, o qual implica sempre a referência do ato singular a dois padrões correlatos, o da *tipicidade fática* e o da *tipicidade axiológica*,

esta correspondente à escala de valores consagrada na legislação em vigor.

Note-se, por outro lado, que a todo ato corresponde uma estrutura axiológica, e só uma, pois não é ela configurável segundo os critérios subjetivos do intérprete, mas sim em função dos modelos positivados pela lei penal, que delimita previamente o campo da culpabilidade, atuando o juiz penal como operador de modelos normativos cerrados, insuscetíveis de aplicação analógica.

Pois bem, nesse contexto estrutural, o elemento intencional ou finalístico pode inexistir, sem que isto prive a ação de sua qualificação como delito, se da ação ou omissão resultar dano a um bem jurídico, segundo um juízo de culpabilidade que ponha em confronto o ato com certo tipo ideal de conduta. Note-se, aliás, que quando me refiro a um “tipo ideal de conduta”, não cuido de algo transcendente ou alheio às contingências humanas, mas digo apenas que o legislador penal consagra um modelo pragmático de ação, concebido como o tipo provável e aprovável do comportamento que normalmente se deve exigir de um homem comum num contexto de condições correntes. Logo, não há que falar em “intenção presumida”, por parte do agente, a fim de poder-se reprovar o ato culposo e considerá-lo punível, pois a culpabilidade resulta *normativamente* da situação do ato num contexto ou estrutura de ordem estimativa, tal como se põe nos limites da lei penal.

Pune-se, em suma, a ação culposa porque consoante os postulados axiológicos lembrados no início deste trabalho, a inexistência de um valor positivo é em si mesma um valor negativo.

Dêsse modo, qualquer que seja a espécie de ação considerada, todo juízo de *culpabilidade* implica, como já foi dito, a referência de uma “tipicidade fática” a uma “tipicidade axiológica”, o que explica o caráter normativo da culpabilidade como tal, só por equívoco redutível a

uma categoria psicológica, bastando lembrar que ela existe independentemente do fato do réu se reconhecer ou não culpado.

Em conclusão, em todo delito, *tipicidade fática, anti-juridicidade e culpabilidade* se integram e se correlacionam, para dar-nos a plenitude de seu significado, devendo aquelas notas determinantes ser examinadas analítica e sinteticamente, como elementos distintos de uma unidade estrutural, ficando concomitantemente atendidos, de um lado, a intencionalidade pessoal e irreduzível do agente e, do outro, o significado social objetivo de sua conduta.

342(84) "1437" (094.12)

Francisco Campos e a Constituição de 1937

Luis Eulalio de Bueno Vidigal
Catedrático jubilado de Direito Processual
Civil da Faculdade de Direito da USP.

1. Um dos principais fatores de sucesso dos ditadores é a capacidade de adaptação às circunstâncias e a habilidade de canalizar, para proveito próprio, tendências e aspirações indefinidas e imprecisas.

Getúlio Vargas, mais do que qualquer outro político brasileiro, demonstrou possuir êsses atributos. Verdadeiras derrotas foram por êle convertidas em vitórias espetaculares.

Foi Presidente do Rio Grande, como resultado da vitória dos adversários de Borges de Medeiros, seu chefe respeitado e acatado; Chefe de Estado e de Governo, em seguida à derrota eleitoral de 1930; Presidente da República, depois do triunfo da idéia constitucionalista que sempre lhe repugnou; ditador em 1937 quando pareciam definitivamente implantados o regime representativo e a verdade do voto; presidente civil e constitucional em 1950, ao t ermo do movimento militarista de 1945.

2. Em 1937, para não fugir   regra, quando parecia indeclinável a op o entre o candidato da burguesia sulista e o da demagogia nordestina, foi buscar no patriotismo e na clarividência de Francisco Campos a inspira o para desviar tôdas as energias salutaras das fôrças democráticas, em antagonismo para os objetivos imediatistas de sua conveniência pessoal.

3. Nenhum político brasileiro, antes de Francisco Campos, concebeu a possibilidade de haver governo legítimo não oriundo do sufrágio universal. Foi pelo voto que Pedro II, por cinquenta anos, ostentou o Brasil ao mundo civilizado com a aparência de monarquia parlamentar representativa. Atenuado embora por algumas concessões ao sistema da eleição indireta, tem sido o voto o elemento legitimador de todo o poder no Brasil. Atribuiu-se mesmo perfidamente a famoso constitucionalista brasileiro a frase: “o direito é o voto”. Jamais poderia Francisco Campos pecar por tamanha simplicidade. Filósofo, jurista e sociólogo, sentia, como ninguém, que a vontade da maioria não bastava para implantação de um regime liberal. Mais: que o liberalismo não se coadunava com o postulado da soberania da soma das vontades dos cidadãos. Campos não se deixava intimidar pela algaravia dos energúmenos das falsas e aparentes democracias. A propósito do mito do sufrágio universal, proclamava:

“A maior parte dos eleitores não se preocupa com a coisa pública. As questões econômicas e financeiras, as de organização da economia nacional, as do comércio interno e externo, questões sobretudo técnicas, e, por sua natureza, incapazes de despertar a emoção, passaram ao primeiro plano. À medida que os problemas em debate se tornam complexos e pelo seu caracter técnico impróprios a provocar nas massas a emoção, a opinião pública passa a desinteressar-se do processo político propriamente dito, só exigindo dos governos resultados que se traduzem efetivamente em melhoria do bem estar do povo”.

Reservava, para o sufrágio universal, “apenas as questões eminentemente políticas, colocadas em termos simples e gerais, para cuja decisão não se exija da massa eleitoral senão a vista panorâmica da vida política”. Por exemplo, a opção entre duas candidaturas presidenciais, ou a dissolução da Câmara pelo Presidente da República. E concluía:

“O sufrágio universal se mostra meio impróprio à aferição e à crítica das decisões políticas. Estas se passam

em regiões remotas ou inacessíveis à competência ordinária do corpo eleitoral. O problema atual não é, pois, o de estender o sufrágio, seja atribuindo o direito de voto a todo mundo, seja submetendo à competência do eleitorado todos os problemas de govêrno. Trata-se, ao contrário, de organizar o sufrágio, reduzindo-o à sua competência própria, que é a de pronunciar-se apenas sôbre o menor número de questões e particularmente apenas sôbre as questões mais gerais e mais simples”.

Se, de um lado, como jurista-filósofo, não ignorava Campos que o sufrágio universal não é fonte necessária da legitimidade do poder, de outro lado, como político realista e objetivo, sabia que não se suprime uma instituição sem criar-lhe correspondentemente o sucedâneo. Reservou para as associações profissionais a participação nos conselhos de govêrno, “afim de que as decisões que interessam à economia nacional proviessem de um centro de vontade qualificado, e não, como sucedia no regime da Constituição de 1934, de poderes não qualificados, e, por isso mesmo irresponsáveis.”

4. Há, porém, na vida política brasileira, outra realidade palpável: o município. Dêle não se esqueceu Campos. Consagrou o município como órgão constituinte dos poderes, participando da eleição da Câmara dos deputados e da designação da maioria dos membros do colégio eleitoral do Presidente da República. Estaria errado? Talvez. É certo, no entanto, como bem o proclamou Campos, que só a vida política do município absorve efetivamente o interesse do povo. Deveria, pelo menos, ser tentada a experiência. Não seria preferível a eleição indireta, através de eleitorado concientemente escolhido, à direta, oriunda de eleitorado inapto?

5. No Congresso Constituinte de 1891, Aristides Lobo condenou veementemente as delegações legislativas, mas não conseguiu incluir a proibição no texto constitucional.

João Barbalho, no entanto, afirmou dogmáticamente que a Constituição de 1891 não permitia a nenhum dos poderes delegar a outro o exercício de qualquer das suas atribuições. Ruy Barbosa, invocando a doutrina e a jurisprudência americanas (vêzo de tantos juristas brasileiros), averbava de nulas, por inconstitucionais as delegações da autoridade legislativa ao poder executivo.

Nesse terreno, também, brilhou Campos, com sua admirável independência intelectual. Contrariou corajosamente êsses ilustres precedentes. “Um côrpo constituído de acôrdo com os critérios que presidem à constituição do Parlamento é inapto às novas funções que pretende exercer. Capacidade política não implica capacidade técnica. Da incapacidade do parlamento para a função legislativa resulta a falta de rendimento do seu trabalho.”

Recordou que quase tôda a legislação inglêsa era feita por “Orders in Council” e “Departmental Regulations”, isto é, legislação pelo Executivo mediante delegação de poderes. Igualmente, nos Estados Unidos de então. E o futuro viria a deparar-lhe outros exemplos conspícuos, como atestam, entre outras, as recentes constituições da França e da Itália, para não mencionarmos senão países de decidida vocação democrática.

Quem, nos dias que correm, ousará negar-lhe razão? A Constituição de 67, que nunca foi malsinada como a de 37, consagrou, de maneira muito mais explícita, e com muito maior amplitude, a possibilidade da delegação legislativa. Pena é que não tenha cerceado mais os poderes legislativos do Congresso Nacional, das assembléias estaduais e das câmaras municipais, para pôr paradeiro ao triste espetáculo dos projetos de leis desviados de seus objetivos originários, convertidos em fontes de sinecuras e vantagens pessoais ao funcionalismo e aos próprios parlamentares, e à frívola atividade das câmaras a distribuir títulos de cidadania a celebridades espúrias.

6. Contestou-se o caráter democrático da Constituição de 1937. Se seus detratores apressados e gratuitos se houvessem dado ao trabalho de ler com atenção e boa fé a réplica lapidar, maravilha de concisão, de Francisco Campos, possivelmente teriam, ao invés de combatê-lo, atribuindo-lhe inconfessáveis objetivos, em que se teria conluiado com Getúlio Vargas, passado a formar a seu lado, na defesa do novo texto constitucional.

“Os novos direitos constituem, por assim dizer, a substância da declaração constitucional de direitos. Não se trata mais de uma declaração negativa da liberdade, a qual não dava outro direito ao indivíduo senão o de não ser incomodado pelo Estado. O indivíduo tem direito a serviços e bens e o Estado o dever de assegurar, garantir e promover o govêrno dêsses serviços e dêsses bens: o direito à atividade creadora, o direito ao trabalho, o direito a um padrão razoável de vida, o direito à segurança contra os azares e os infortúnios da vida — o desemprego, o acidente, a doença, a velhice — o direito a condições de vida sãs, creando ao Estado o dever de administrar a hygiene pública e, sôbre todos, o direito à educação, sem cujo exercicio não é possível tornar acessível a todos o gôzo dos demais bens da civilização e da cultura.”

É certo que se reforçaram os poderes do Presidente da República. Poder-se-á, no entanto, dizer honestamente que o Legislativo e o Judiciário, em tôda a nossa experiência republicana de 80 anos, foram realmente elementos cerceadores dos abusos do Poder Executivo?

A independência do Legislativo no Brasil jamais serviu senão para, através de medidas demagógicas, arruinar todos os planos de saneamento financeiro traçados por presidentes e ministros bem intencionados; para criar e distribuir emprêgos e sinecuras à custa do erário público; para deturpar e desvirtuar projetos de leis do executivo; para curvar-se sempre aos caprichos da politicagem, nunca para reprimí-los.

E o Judiciário, que fizera, no Brasil até 1937? Que tem feito até hoje? Dar ao funcionalismo, às vezes em causa própria, vantagens que comprometem as previsões orçamentárias; intrometer-se no campo do poder discricionário do executivo, emperrando e impedindo a realização de honestos planos de administração; ignorar sistematicamente os objetivos mais altos do govêrno, decidir segundo os ditames da prepotência e da demagogia, a pretexto de corrigir injustiças sociais, com fundamentações primárias.

No capitulo da organização judiciária, a Constituição de 1937, com técnica impecável, e seguindo velha e profunda lição de João Mendes Junior, aboliu a justiça federal, que existiu — e agora está sendo restabelecida — somente devido a má compreensão do regime federativo e à servil imitação de modelos americanos. Por outro lado, embora com timidez, obstou a abusos do Poder Judiciário, que, antes de 1937 e depois de 1946, sempre decidiu em causa própria, em matéria de vantagens, vencimentos e isenções fiscais dos magistrados.

7. A propósito da máquina administrativa, a Constituição de 1937 enunciou princípios, em 1946 proscritos, sem os quais é absolutamente impossível equilibrar o orçamento da Nação.

“O recrutamento do pessoal administrativo deve obedecer a normas inflexíveis de capacidade e de interesse público, não podendo o serviço público ser considerado como reserva destinada a alimentar uma incontentável clientela eleitoral. A estabilidade do pessoal não deve excluir a responsabilidade, nem impedir a realização do bem público. Não pode haver garantias contra o interesse público. O interesse público há de ditar o interesse do funcionário na carreira e o seu afastamento de serviço.”

Logo em seguida à promulgação do texto constitucional de 1937, foram rigorosamente proibidas as acumulações remuneradas, fixados limites para proventos de funcioná-

rios e outras medidas moralizadoras, tôdas de inspiração e responsabilidade de Francisco Campos.

8. A fiscalização da imprensa, corolário da declaração constitucional de seu caráter público, também foi preconizada e inteligentemente defendida por Campos.

“Se a imprensa dispõe da técnica e do poder de formar a opinião pública, não poderá empregar a técnica e exercer o poder senão no interesse público e para fins públicos.”

Deixemos aos ignorantes e aos superficiais as críticas que tão freqüentemente se fazem à fiscalização da imprensa. A liberdade de que goza nossa imprensa não existe nos Estados Unidos e em nenhum país organizado da Europa.

O que aqui vemos, sob o manto protetor das franquias constitucionais, é a liberdade de injuriar, difamar e caluniar; é a mentira organizada por ação ou subtilmente instilada por omissão; é a conquista da opinião através dos títulos garrafais; as campanhas pessoais em que sucumbem tantos inocentes e se atassalham tantas reputações. Vemos a imprensa a orientar eleitorado, parlamento e magistratura, sempre coberta pela mais compléta irresponsabilidade e impunidade. Como condenar a Campos por querer regulamentá-la no interesse geral?

9. Essa foi a bandeira que Francisco Campos desfraldou em 1937: democracia representativa sem a mentira do sufrágio universal; participação, na vida pública, das associações profissionais e dos municípios; delegação legislativa; justiça social, sem a burla do liberalismo a todo transe; cerceamento de abusos do legislativo e do judiciário; eficiência, austeridade e moralidade na administração; responsabilidade da imprensa.

10. A Getúlio Vargas, que sempre colocou a serviço de sua ambição pessoal as mais nobres campanhas da política brasileira, não poderia passar despercebida a mag-

nífica oportunidade que lhe deparavam o patriotismo, a clarividência e a sabedoria de Francisco Campos.

O povo brasileiro, desiludido com as marchas e contra-marchas dos partidos, recebeu com desafôgo — essa é a verdade — o golpe de 1937, prenunciador do regime novo que a Constituição permitia esperar. Deixou-o permanecer no poder e acreditou em sua palavra como, no passado, haviam acreditado os libertadores no Rio Grande do Sul, os democráticos de São Paulo, os republicanos de Minas e tantos outros.

Pouco a pouco foi Getúlio Vargas descumprindo, uma a uma, as promessas com que instaurara o novo regime. O plebiscito previsto no artigo 187 jamais foi realizado. O Conselho de Economia Nacional não se constituiu. Não houve eleições para o Parlamento. Prorrogaram-se e eliminaram-se os prazos para medidas de exceção. Instituiu-se a pena de morte. Estabeleceu-se regime especial para a administração dos Estados e Municípios, que ficaram inteiramente subordinados ao poder pessoal do Presidente da República.

Esse regime, que nada mais era do que a ditadura institucionalizada, durou oito anos. Francisco Campos, gravemente enfêrmo, foi-se afastando cada vez mais de Getúlio Vargas, e, mais tarde, já restabelecido, em 1945, concedeu famosa entrevista que concluía com convite ao Presidente, para deixar o poder.

Curiosa a psicologia dos ditadores. Conta-se que Getúlio Vargas demonstrou mágoa e ressentimento ao ver, entre seus antagonistas, aquêle que lhe dera os meios e a fundamentação do golpe de 1937. Não compreendia que um e outro haviam sido movidos por objetivos totalmente diversos. O Presidente, como de hábito, para mentir ao povo brasileiro e perpetuar-se no poder a qualquer preço; Campos, para criar as condições necessárias para a organização nacional.

Em todo o monumental esforço de sistematização, que o texto revelava, não viu o Presidente senão o desejo de servi-lo e agradá-lo, por parte de um ministro como qualquer outro, contra o qual, a partir do golpe, se julgou com créditos imorredouros.

11. Não é de estranhar que Getúlio Vargas esquecesse os princípios e o regime, para deter-se em mofinas considerações de ordem pessoal. Infelizmente é essa a tradição da política brasileira. Todos os grandes movimentos de opinião no Brasil giraram em torno de pessoas. Pessoais foram as duas campanhas presidenciais de Ruy. Provocados por melindres pessoais os movimentos revolucionários de 22, 23 e 24. Inteiramente fundada em ressentimentos pessoais a campanha da Aliança Liberal.

Pessoais, portanto, foram, como não poderiam deixar de ser, os ataques que se desferiram à Constituição de 1937.

Waldemar Ferreira, por exemplo, cidadão modelar, homem de princípios e de caráter, disse que era destituída de sinceridade. A sinceridade é atributo de pessoas, não de documentos escritos. Se Getúlio Vargas, que por ela assumia a responsabilidade, provou depois, por seu comportamento, que não pretendia cumpri-la, não se pode o mesmo dizer de Francisco Campos. A exposição densa, meditada e profunda que, em defesa da Constituição, fêz logo em seguida ao golpe, é a melhor das provas de sua sinceridade. Os que privaram de sua intimidade ouviram-lhe, a cada passo, críticas à infidelidade de Getúlio Vargas aos propósitos do golpe de 1937.

Quem quiser, a respeito da traição de Getúlio Vargas, conhecer-lhe o pensamento, pode ler, por exemplo, o que, a propósito de constituições outorgadas, escreveu vinte e cinco anos depois.

“O único legítimo fundamento da condenação das constituições outorgadas consiste, precisamente, no fato de nelas o govêrno se haver limitado a si próprio, e de assim

legitimar-se a suspeita de que não se tenha limitado na extensão, na medida e com as garantias que seriam desejáveis, do ponto de vista da liberdade e da segurança dos governados, e que, do mesmo modo por que se limitou, poderá desvincular-se, à sua discrição, de limitações que não lhe foram impostas por um poder superior.”

Esse trecho ilustra, à maravilha, as várias limitações que Campos, na Constituição de 1937, impôs ao Presidente, e das quais uma a uma, Getúlio Vargas aos poucos se libertou, convertendo-se em ditador irresponsável e perpétuo.

12. A Constituição de 1937 foi sempre condenada, sem exame, sem defesa, sem possibilidade de perdão. Desde a injúria levíssima, que mais se encontra na intenção do que no próprio apelido, atribuível a ignorantes de Direito Constitucional que, supondo amesquinhá-la, sistematicamente a chamavam de carta constitucional, até a denominação de polaca, francamente pejorativa, em que, de cambulhada, se ofendem o Presidente da República, o autor da Constituição e o povo polonês, inúmeras foram as variantes com que políticos, mais amantes da forma que da substância, procuraram diminuir-lhe o significado e a importância.

Felizmente, o texto de 1937 aí está. Debalde a maldade, a inveja e a ignorância se agitarão na porfia de denegrir e caluniar o seu autor. Sua obra meritória, que já produziu inúmeros frutos na legislação e na prática administrativa subsequente a sua vigência, ainda há de iluminar, por muito tempo, os caminhos, que abriu, do Direito Constitucional Brasileiro.

347.625

Dos Deveres Comuns a Ambos os Cônjuges.

Washington de Barros Monteiro

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

SUMÁRIO: 1. Da importância do casamento. 2. Dos efeitos que dêle resultam. 3. Dos deveres comuns a ambos os cônjuges. 4. Do dever de fidelidade recíproca. 5. Violação do dever. 6. Caracterização do adultério. 7. Diferença de tratamento entre o adultério do marido e o da mulher. 8. Colocação do problema sob o ângulo psicológico. 9. Vigência do dever de fidelidade. 10. Vida em comum, no domicílio conjugal. 11. *Debitum* conjugale. 12. Mútua assistência. 13. Sustento, guarda e educação dos filhos. 14. Conclusão.

1. O casamento é o instituto fundamental de todo o direito de família. É o eixo em torno do qual gravita todo o sistema jurídico familiar. Na frase de ALBERTO G. SPOTA (*Tratado de Derecho Civil*, 3/5), é a raiz e o comêço de uma instituição básica da sociedade, a família legítima, cujo conceito nêle descansa, como pressuposto lógico-jurídico.

Já houve quem dissesse que se na terra há uma expressão divina, é o casamento. Não há, todavia, instituição a respeito da qual mais variem as opiniões, pois ao matrimônio já se atribuíram múltiplas denominações: um abrigo, um refúgio, uma coroa de glórias, um estado de servidão e até um divertimento.

Recordo-me de livro, lido em minha juventude, *O Delator*, de LIAM O'FLAHERTY, em que um dos personagens afirma, a certa altura, que o casamento é instituição

puramente capitalista, que tem por fim proteger a propriedade, para que os filhos legítimos possam herdar de seus pais.

Creio, no entanto, com as *Novelas, que nihil in rebus mortalium perinde venerandum est atque matrimonium*, ou, em vernáculo, nenhuma coisa mortal é mais veneranda do que o casamento.

2. Essa união é o ponto de partida de tôda a vida social. Como é óbvio, dela decorrem vários e importantes efeitos, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos, quer em relação a terceiros. Referentemente aos cônjuges, muitos efeitos são pessoais, enquanto outros dizem respeito aos respectivos bens. São tantos êsses efeitos que nenhum jurista, até agora, tentou esgotar-lhes a enumeração, temeroso, talvez, de alguma omissão.

Pela ordem de precedência, o primeiro efeito é a criação da família legítima. Ou como se expressa o artigo 229 do Código Civil: “criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dêle nascidos ou concebidos” (artigos 352 a 354).

Eis aí, de fato, o precípua objetivo do legislador, a criação da família legítima, imprimindo-lhe ritmo de conveniência, ordem e economia. Através dessa criação, o legislador disciplina a união dos sexos, depura os sentimentos, reprime as paixões, provê sôbre a situação da prole e circunda de respeito a família que se constitui sob a sua égide.

Como acentua CLÓVIS (*Código Civil*, 2/105), e de quem hauri êsses conceitos, aí está a intervenção do direito, na sua função orgânica e santificadora, a diferenciar a família legítima da natural, a família legítima de outros agrupamentos efêmeros e inconsistentes, que as necessidades fisiológicas promovem e dissolvem.

A união entre o homem e a mulher, sem casamento, acrescenta DE RUGGIERO (*Instituições de Direito Civil*,

2/52), é reprovada pelo direito; degenera em concubinato, quando porventura não seja adultério ou incesto.

Entretanto, conforme sublinha CÂNDIDO DE OLIVEIRA (*Manual do Código Civil*, de PAULO DE LACERDA, pág. 265), a construção do artigo 229 não prima pela elegância: começa com um participio, e mostra-se ocioso em sua segunda parte, pois a legitimação por subsequente matrimônio é regulada, em seguida, quase nos mesmos termos, pelo artigo 353.

Justificam-se, porém, tais disposições. Por um princípio de equidade, o casamento retroage e, fazendo cessar o estado de união ilegítima, desfaz, ao mesmo tempo, a posição ilegítima dos filhos havidos anteriormente, ou apenas concebidos.

3. Os *deveres comuns* a ambos os cônjuges vêm previstos no artigo 231: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos.

Há quem objete quanto à expressão *deveres*, que seria inadequada, em se tratando de preceito de lei positiva. Contudo, essa era a expressão que figurava no primitivo projeto de CLÓVIS (artigo 270), vindo a subsistir em tôda a sua tramitação, até a respectiva redação final. MOURLON (*Répétitions Écrites sur le Code Civil*, 12.^a ed., 1.^o vol. pág. 395), opta pela palavra *obrigação*, que melhor se coaduna com a linguagem jurídica.

Evidentemente, a lei não pode abranger todos os deveres. Limita-se ela aos mais importantes, havidos como essenciais pela ordem pública e pelo interesse social.

Na respectiva discriminação, atém-se o legislador a um mínimo de exortações. Mas, fora de seu campo de ação, ocorrem ainda outros numerosos deveres morais, imprescindíveis à boa harmonia conjugal, à felicidade doméstica e à paz familiar, como o mútuo amor, a con-

fiança e o respeito recíproco, além da paciência e da compreensão, que dependem de cada cônjuge individualmente, de sua educação, cultura, sensibilidade e temperamento.

4. O primeiro e o mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges é o de *fidelidade*. No dizer de CLÓVIS, esta é a natural expressão da monogamia. A fidelidade não constitui tão-sòmente um dever moral. Ela é exigida pelo direito, em nome dos superiores interesses da sociedade.

A infração dêsse dever configura adultério, que é, no dizer de BEUDANT (*L'Etat et la Capacité des Personnes*, 1/427), o fato que fere e perturba de modo mais profundo a vida da família.

De fato, grandes são os deveres que o estado de casado impõe. Importa, por isso, que o compromisso que dêle decorre seja sagrado e inviolável.

Uma vez cometido adultério, não há mais estima, não há mais confiança, não há mais ternura e a união entre os cônjuges se acha comprometida em tôda a sua estrutura.

Com razão afirmou CRONIN (*Pelos caminhos de minha vida*, pág. 282), que “a pior ofensa que se pode fazer contra o casamento, o rochedo contra o qual a felicidade da família em geral se despedaça, é a infidelidade”. O adultério, do marido ou da mulher, representa, sem dúvida, a mais nítida manifestação de falência da moral familiar (G. L. DUPRAT, *Le Lien Familial*, pág. 138).

Em meu livro *Direito de Família*. 8.^a ed., pág. 111, tive ocasião de desprezar, como imorais e anti-sociais, conceitos como o de VARGAS VILA (*Los Estetas de Teópolis*, pág. 16), para quem “el matrimonio sin el adulterio seria insoportable, es su unica excusa”; de CAMILO CASTELO BRANCO, segundo o qual “o adultério é a razão insurgida contra o absurdo do vínculo indissolú-

vel”; e de Novicow (*A Emancipação da Mulher*, pág. 115), para o qual é o adultério “o fundamento da tranqüilidade dos lares”.

Mais recentemente, nos *Velhos Marinheiros*, pág. 114. JORGE AMADO vislumbra no adultério “pequena contrafação da rígida moral”, enquanto outros procuram romanescaamente fixá-lo como “cilada do destino”, ou “acidente imprevisível na vida de uma criatura” e que NAPOLEÃO resumiu numa frase candente: “*c’est un affaire de canapé*”.

5. Ao direito e à moral repugna fundamentalmente essa visão materialista, tanto que a lei civil não hesita em incluir o adultério entre as causas que autorizam o desquite, mencionando-o mesmo em primeiro lugar, tal a gravidade de que se reveste (artigo 317, n.º I). Por outro lado, coerente com a mesma ordem de idéias, a lei proíbe o reconhecimento do filho adulterino, salvo depois de dissolvida a sociedade conjugal (Lei n.º 883, de 21-10-49, artigo 1.º).

A lei penal, por sua vez, reprime o adultério como delito contra a família, cominando-lhe as sanções a que se refere o artigo 240 do Código Penal, embora, como anota FRANCISCO DELGADO IRRIBAREN (*El Divorcio*, pág. 203), a tendência dos modernos penalistas seja a de suprimi-lo como delito, por se tratar de crime privado, cujo dano não envolve desordem social, nem problema penal político. Em sua tese de doutoramento *Da Incriminação do Adultério*, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI faz interessante análise dêsse aspecto da questão (Capítulo IV).

6. Em face da lei, basta uma única transgressão do dever de fidelidade, quer por parte do marido, quer por parte da mulher, para que se configure o adultério.

O conceito dos clássicos de que o adultério do marido só se caracteriza com a existência de concubina teúda e manteúda não é mais aceito no domínio da lei civil.

Nesse sentido, existe decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, estampada na *Revista dos Tribunais*, 180/221.

Sob êsse ângulo, os dois cônjuges se encontram no mesmo plano de igualdade. A situação de ambos é idêntica. Qual dêles espezinhe o dever de fidelidade se tornará culpado aos olhos de Deus e da religião.

De fato, um marido infiel faz à mulher a injúria mais atroz e causa aos filhos dano irreparável. Mas, disse SÃO PAULO: — *sanctificatus est vir infidelis per mulierem fidelem* (a mulher fiel salvará o marido infiel).

De modo idêntico, atroz é igualmente a infidelidade na mulher. De acôrdo com imagem de BALZAC, esta é, na mulher, o que a incredulidade é no sacerdote: o último têrmo da maldade humana, o maior crime, porque implica todos os outros.

7. Todavia, nem sempre se trataram as duas infrações da mesma maneira. O direito romano, por exemplo, estabelecia diferenças. Segundo a lei justiniana, o adultério da mulher sempre era causa de divórcio, mas a mulher não podia invocar o adultério do marido para dissolver o matrimônio. Além disso, o adultério da mulher era severamente punido, ao passo que o do marido só se tornava culpável se praticado com mulher casada.

Penas bastante graves se previam no *Fuero Juzgo*, ou *lex wisigothorum*, e que foi o código geral de tôda a península ibérica e constituiu parte do direito espanhol até começos do Século XIX. O mesmo sucedia na Lei das Sete Partidas, outro documento dos mais antigos da primitiva legislação espanhola, cujo autor foi AFONSO IX. Por igual, as velhas Ordenações reprimiam o adultério da mulher com maior severidade, o mesmo vindo a acontecer com o Código Criminal do Império.

Hoje, porém, do ponto de vista puramente jurídico, nenhuma discriminação se pode estabelecer. As infra-

ções de um e de outra são tratadas no mesmo pé de igualdade.

8. De um ângulo intimista, porém, o adultério da mulher é bem mais grave. Velha indulgência se incrustou na sociedade, em relação aos deslizes do marido.

Essa indulgência parte do pressuposto de que a infidelidade no homem em regra é fruto de capricho passageiro ou de um arrebatamento momentâneo, que, de modo algum, afeta seu amor pela espôsa, enquanto o adultério desta vem demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos em relação ao marido e assim irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar.

Referida tese tem sido abordada, por mais de uma vez, na literatura. Assim, escreveu SOMERSET MAUGHAM que uma ligação passageira, para o homem, não tem significação sentimental, ao passo que para a mulher tem. COLETTE YVER, em seu livro — *Les Dames du Palais*, pág. 116, diz que a mulher que se entrega, entrega também seu pudor, sua honra, sua reputação, e tudo isso deixa subentendido o inteiro abandono de si própria.

Demais disso, os filhos adulterinos que a mulher casada venha a conceber poderão ficar a cargo do marido, o que agrava a imoralidade da situação, enquanto os do marido com a amante, que não seja casada, jamais estarão a cargo de um inocente.

Por outras palavras, o adultério da mulher transfere para o marido, em tese, o encargo de manter prole alheia, ao passo que não terá essa consequência o adultério do marido. Como se expressa a sabedoria popular, o homem deixa o pecado na soleira da porta, a mulher o traz para dentro de casa.

Do ponto de vista jurídico, porém, como do ponto de vista moral, não há diferença entre os dois atos. Ambos atentam contra a lei, a moral e a religião. Ambos

dissolvem o casamento e desagregam a família. Ambos merecem idêntica reprovação.

9. O dever de fidelidade perdura enquanto subsista a sociedade conjugal. Terminada esta, porém, pela morte, anulação do matrimônio ou desquite, readquire o cônjuge, juridicamente, plena liberdade sexual.

Se os cônjuges se mantêm apenas separados de fato, sem dissolução da sociedade conjugal, persiste a obrigação, cuja intransigente observância consagrou PENÉLOPE e deu origem ao chamado complexo de Ulisses.

Contudo, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado que “o cônjuge que se vê obrigado a deixar o lar conjugal, por imposição do outro, deixará de lhe dever fidelidade”, tendo ajuntado ainda que “descabe alegação de adultério, em desquite, se a falta ocorrera posteriormente à separação do casal” (*Revista dos Tribunais*, 381/100).

Infelizmente, deterioram-se cada vez mais os valores morais na sociedade contemporânea. Põe-se cada vez mais de lado a hipocrisia que encerra, para ver-se apenas uma expressão a mais da liberdade sexual, em que se empenha boa parte do gênero humano, como sinal de evolução e de cultura.

Comenta PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito de Família*, 3.^a ed., 2/28), que ao dever jurídico de fidelidade corresponde o dever moral de evitar atos que possam induzir suspeita de violação do dever jurídico; mas a figura do adultério, no direito, limita-se à *copula carnalis*. Contudo, tem decidido o Tribunal de Justiça do Estado que procede de modo leviano e legítima a decretação de desquite por injúria grave a mulher que, no recesso de seu lar e na ausência do marido, recebe pessoa de outro sexo e conversa com ela, a desoras (*Revista dos Tribunais*, 382/188). E ainda que “constitui injúria grave ao marido a vivência injustificada da mulher fora do lar, em

estreito contacto com a família de seu suposto amante” (mesma *Revista*, 381/157).

10. O segundo dever comum é o de vida em comum, no domicílio conjugal (artigo 231, n.º II). Sem essa convivência entre os cônjuges, não existe um lar, apto a abrigar a família. A vida em comum, proclama LAURENT (*Principes de Droit Civil*, 3/79) é um dever para os cônjuges, aliás de ordem pública, pois não existe casamento, se não mais existe vida em comum. Todavia, em *Ma non é una cosa seria*, de PIRANDELLO, há um cidadão que se casa exatamente pela vantagem de não ter de ficar com a mulher.

A infração dêsse dever, por parte do marido ou da mulher, desde que o afastamento do lar se prolongue por mais de dois anos e seja malicioso, autoriza a terminação da sociedade conjugal pelo desquite (artigo 317, n.º IV).

Se o abandono se deve à mulher e é maliciosa a *desertio*, perde ela o direito de alimentos, cessando para o marido a obrigação de sustentá-la (artigo 234).

Igualmente, se a mulher não convivia com o marido, ao tempo da morte dêste, não lhe cabe o cargo de cabeça-de-casal, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela (artigo 1579, § 1.º). Idêntica restrição e com a mesma ressalva ocorre quanto às funções de inventariante (Código de Processo Civil, artigo 469, n.º I).

Advirta-se que ao marido não assiste direito de recorrer à força policial para coagir a mulher a volver à habitação, de que se afastara. O emprêgo de meios coercitivos para atingir êsse objetivo deve ser excluído de modo absoluto. Não se compadece com a respeitabilidade do lar, nem com a dignidade da mulher, recondução desta, *manu militari*, ao domicílio comum. Conte-se primeiro com a consciência do próprio dever do que com o uso da violência para chegar a tal resultado.

De resto, a lei mostrar-se-ia ineficaz, se pretendesse, à *outrance*, sustentar a situação. Na primeira oportunidade, a mulher desertaria de nôvo.

O mais que o marido pode tentar, em semelhante conjuntura, será dirigir interpelação à mulher, com ela instando para que torne ao lar. Compeli-la, porém, por meios violentos e vexatórios, *ad instar* do que ocorreu nos primeiros tempos de aplicação do Código Napoleão, é inadmissível perante o nosso direito.

Prevê a lei vida em comum, no domicílio conjugal. Entretanto, várias vèzes, desaparece a possibilidade de semelhante convívio, sem que se dê violação do questionado dever. É o que sucede no caso de determinadas profissões (viajante, marítimo, ocupação em outra localidade), e ainda no caso de segregação compulsória (prisão, exílio, doença).

Vê-se, portanto, que absoluto não é o dever de vida em comum. Embora esta constitua a regra, exceções existem, que não acarretam, de modo algum, a quebra do dever, mesmo porque, nos exemplos apontados, continua a reinar entre os cônjuges a mesma união e a família permanece coesa.

Cessa o dever de vida em comum, desde que haja justa causa. Assim, se o marido não trata a mulher com o devido respeito, não é esta obrigada a suportar dòcilmente os atentados cometidos à sua dignidade. Aplica-se, nesse caso, o princípio comum a todos os contratos. Não pode o primeiro exigir da segunda o cumprimento de sua obrigação, a permanência no lar, se êle não cumpre a própria.

Não pode pretender o marido, outrossim, que a mulher o acompanhe na sua vida errante, sem parada, de cidade em cidade, como não pode impor-lhe a fuga ou a imigração para subtrair-se a uma condenação criminal.

11. Cabe acrescentar ainda que autores existem sustentando que a literalidade da lei encerra eufemismo, pois o legislador quis referir-se, de modo específico, às relações sexuais entre os cônjuges.

CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*, 4/333) adere a êsse ponto de vista e assevera que o dever de coabitação não atinge sua plenitude com a simples morada debaixo do mesmo teto, tornando-se necessária, para completá-la, a satisfação do *debitum conjugale*.

Usada essa expressão por SÃO PAULO pela primeira vez, na *Epístola aos Coríntios* (7,3), ela é juridicamente exata e traduz a principal prestação de um a outro cônjuge.

É o assunto de tal delicadeza que SANTO AFONSO DE LIGUORI declarou que sôbre êle escrevia de joelhos. Nenhum dos cônjuges pode deliberadamente abster-se, a menos que obtenha o consentimento do outro. Acêrca dêsse tema, escreveu OLAVO PEREIRA um belo livro: *Marcoré*.

A recusa injustificada pode constituir injúria grave, causa de terminação da sociedade conjugal, nos termos do artigo 317, n.º III, do Código Civil (*Revista dos Tribunais* 32/313).

12. Com as palavras *mútua assistência*, constantes do artigo 231, n.º III, quis o Código deixar acentuado que os cônjuges recíprocamente se obrigam à prestação de socorro material e moral. No expressivo dizer de JEMOLO (*II Matrimônio*, pág. 267) aí reside o elemento espiritual, que rege e vivifica o vínculo e lhe confere altíssimo valor ético.

Realmente, uma das finalidades do casamento é precisamente o *mutuum adjutorium* nos momentos felizes, como nos instante de adversidade. Como diz MARTINHO GARCEZ (*Direito de Família*, pág. 241), é justamente nos revezes da sorte, na contingência da vida, nas tristes

provações da fortuna, é nesse momento que o cônjuge é chamado a compartilhar das agruras do companheiro desgraçado, dispensando-lhe afeição, coragem, e assim exercendo a mais nobre e a mais santa das missões conjugais.

Por mais grave que seja, por exemplo, a moléstia que acometa um dos cônjuges, por mais prolongado que se mostre o mal, cabe ao outro, por solidariedade, sublimando-se no infortúnio, prestar-lhe a assistência de que seja capaz. O Papa Alexandre III levou tão longe êsse dever que chegou a decretar, como regra geral, não se separassem os consortes, ainda que um dêles viesse a tornar-se leproso.

Além dêsse confôrto moral, cabe ainda aos dois cônjuges mútua colaboração material, destacando-se, nesse aspecto, a obrigação alimentar. Aliás, no têma dos alimentos, bem maior se torna a responsabilidade do marido, pois, cabe-lhe proteger a mulher, tê-la junto de si, e subministrar-lhe tudo quanto preciso para a satisfação das necessidades do lar.

Idêntica obrigação compete também à mulher, desde que conte com recursos hábeis, e não possa o marido, por qualquer circunstância, cuidar de si próprio (Lei n.º 4.121, de 27-8-1963, artigo 2.º).

A obrigação alimentar do marido apenas cessa, quando a mulher, sem motivo justo, abandona a habitação conjugal e a ela recusa voltar (Código Civil, artigo 234). De acôrdo ainda com a Lei n.º 3.807, de 26-8-1960, artigo 14, não terá direito à obtenção dos benefícios previdenciários a mulher que se encontre na situação prevista no citado artigo 234. Até mesmo depois do desquite judicial subsistirá o encargo alimentar em relação à mulher, desde que inocente e pobre (artigo 320).

Ainda não é tudo. Num processo, o cônjuge há de contar com a indispensável solidariedade do outro. Do mesmo modo, numa campanha eleitoral.

Afiança MARTINHO GARCEZ (*Ob. e loc. cit.*) que ocioso se revela o preceito do artigo 231, n.º III, já que a mútua assistência é mais de fôro íntimo do que de direito. No seu entender, o cônjuge não pode ser compelido a praticar tal ação, que depende, tão-sòmente, da nobreza de seus sentimentos.

De fato, no que tange à falta de assistência moral, inexistente sanção, embora a omissão possa eventualmente configurar injúria grave, sabido que tôda infração séria aos deveres conjugais constitui grave injúria (*Revista dos Tribunais*, 380/164).

No tocante, porém, à falta de assistência material, pode ocorrer o delito de abandono material da família, reprimido pelo artigo 244 do Código Penal, com a redação que lhe deu a recente Lei n.º 5.478, de 25-7-1968, artigo 21.)

Ajunte-se ainda que o Tribunal de Justiça do Estado, no acórdão inserto na *Revista dos Tribunais*, 349/154, decidiu que “o abandono moral e material da família, pelo seu chefe, caracteriza a injúria e justifica o desquite pela espôsa”.

13. Depois dos deveres dos cônjuges entre si, especificados nos incisos I a III, passa o Código a dispor acerca dos deveres dêles em relação à prole, adstringindo-os ao sustento, guarda e educação dos filhos (n.º IV).

Na feliz expressão de Rocco, no círculo da comunidade familiar, modelam os pais a alma do filho, do futuro cidadão. Segundo o ambiente do lar, a planta do homem crescerá, para o bem ou para o mal.

Como ensina PONTES DE MIRANDA (*Ob. cit.* 2/31), o sustento compreende a subministração de alimentos, daquilo que serve para a manutenção: a guarda e o cuidado, o amparo, a vigilância e a proteção; e a educação, física e moral, a que tôda pessoa tem direito, prepara o destino da criatura.

Nenhuma dessas promessas é vã. Sanciona-as o direito positivo. Na órbita penal, com a previsão dos crimes

contra a assistência familiar (*Código Penal*, artigos 244 a 247).

Na órbita civil, contempla o legislador a suspensão do pátrio poder (*Código Civil*, artigo 394), além da privação (artigo 395, n.º II).

De modo idêntico, o *Código de Menores* contém várias medidas tutelares e protetoras.

A lei civil provê ainda a respeito da proteção da pessoa dos filhos (artigos 325 a 329), e, no caso de desquite amigável, existe a disposição de ordem pública do artigo 642, n.º IV, do *Código de Processo Civil*.

É irrenunciável o direito a alimentos. Cuida-se de dever de que ninguém pode se liberar por sua exclusiva vontade.

Por fim, os pais podem confiar a guarda a outrem, ou internar os filhos em pensionatos ou estabelecimentos de educação. A precaridade da sustentação, por ausência de recursos, não induz qualquer falta (*Revista de Jurisprudência do Estado da Guanabara*, 12/303).

14. Eis aí, em rápidas palavras, o que nos cabe dizer sobre os deveres comuns a ambos os cônjuges, matéria a respeito da qual praticamente se acham acordes tôdas as legislações.

Com essas prescrições, crê o legislador poder assegurar a estabilidade da família, cuja coesão, no entanto, mais que da lei, depende da união de sentimentos e do amor.

Como diz FORNARI (*Dell'Obligo degli Alimenti*, pág. xxv), quando adolescentes, a família educa nosso coração; quando adultos, ela vem a ser a escola de moral, afastando-nos das más ações pelo exemplo dos pais e pela honra de ser casado, a que acresce a fôrça do trabalho; quando velhos, ela impõe a obrigação dos bons exemplos, a fim de que nossos descendentes se tornem melhores do que nós.

347.252

A “Gewere” – Um Instituto do Antigo Direito Germânico.

José Carlos Moreira Alves

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

SUMÁRIO: 1. A importância da Gewere para o conhecimento da posse no direito moderno. 2. O conceito da Gewere. 3. Espécies de Gewere. 4. Aquisição e perda da Gewere. 5. Os três efeitos da Gewere.

1. *A importância da Gewere para o conhecimento da posse no direito moderno.* — É inegável a influência do *Bürgerliches Gesetzbuch* (B.G.B.) sobre várias legislações civis modernas. Entre elas, encontra-se o Código Civil Brasileiro, que, com relação à posse — entre outras matérias —, seguiu, em pontos de importância capital, a codificação germânica. Como exemplo disso, basta salientar que o artigo 486 do Código Civil Brasileiro, que introduziu, em nosso direito, a distinção fundamental entre posse direta e indireta, nada mais é do que reprodução do § 868 do B.G.B., como se demonstra com o simples confronto entre os dois textos:

“Artigo 486. — Quando por força de obrigação, ou direito, em certos casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem êles a houveram, a posse indireta”; e

“§ 868. — Besitz jemand eine Sache als Niesbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)”. (Se alguém possuir uma coisa como usufrutuário, credor pignoratício, arrendatário, locatário, depositário, ou por uma relação análoga, em virtude da qual, em face de outrem, tenha direito ou esteja obrigado a possuir temporariamente, é este também possuidor (posse mediata).

Ora, dois foram os projetos que se sucederam na fase de elaboração do Bürgerliches Gesetzbuch: o primeiro, de 1888¹, que, segundo VON THUR², foi acolhido desfavoravelmente, porque, além de demasiado teórico, se vinculava estreitamente ao direito romano³ e não atendia às necessidades da vida moderna; e o segundo, de 1895⁴, que, com

1. *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag, 1888* (há tradução francesa de RAOUL DE LA GRASSERIE, *Projet de Code Civil Allemand, Paris, A. Durand et Pedone, Lauriel, Editeurs, 1893*).

2. *Bürgerliches Recht — Allgemeiner Teil* (in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch, Kaskel, Spiethoff*), Berlin, 1923, § 2, II, p. 2. Vide, também, DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, erster Band, 2.^a ed.*, § 3, III, p. 7; e ENNECCERUS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, erster Band (erster Halbband)*, 14.^a ed. (*neubearbeitete Auflage von NIPPERDEY*), § 12, III, p. 33.

3. Sua vinculação com os pandectistas era tão grande que BÄHR (apud BEKKER, *System und Sprache des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, p. 85, nota 29) chamou o primeiro projeto de “den kleinen Windscheid” (o pequeno Windscheid).

4. *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Zweite Lesung. Auf amtliche Veranlassung. Berlin, J. Guttentag, Verlags — buchhandlung, 1895.*

alterações, se transformou no B.G.B., e no qual se introduziram concepções do antigo direito germânico⁵.

Em virtude disso, enquanto no primeiro projeto, em matéria de posse, se seguiu orientação eminentemente romanística, no *Bürgerliches Gesetzbuch* — em decorrência das diretrizes que presidiram aos trabalhos da Comissão que elaborou o segundo projeto — observa-se, como salienta GIERKE⁶, a existência de fortes vestígios de influência germânica, razão por que, para bem se compreender o instituto da posse no B.G.B. (e, conseqüentemente, nos Códigos que, a propósito, nele se calcaram, como o Código Civil Brasileiro)⁷, é indispensável que se tenham noções da *Gewere*, que, no antigo direito germânico, é o instituto que se encontra, sob certos aspectos, em posição semelhante à da *possessio* na legislação romana.

5. A propósito, vide COSACK, *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, erster Band, § 7, 3, *in fine*, p. 28.

6. *Deutsches Privatrecht, Zweiter Band (Sachenrecht)*, Leipzig, 1905, § 114, p. 211, onde — embora reconhecendo (o que, aliás, já afirmara em *Die Bedeutung der Fahrnisbesitz für streitiger Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1897, p. 1 e seg.) que o conceito de posse no B.G.B. é romano — acentua:

“Das heutige Besitzrecht setzt somit zugleich das römische Recht der *possessio* und das germanische Recht der *Gewere* fort”.

COSACK (*Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 1.^a ed., § 185, p. 62), no entanto, vai além, e pretende que mesmo o conceito de posse no B.G.B. está mais próximo da *Gewere* do que da *possessio* romana.

7. Observa GONDIM NETO, em *Posse Indireta*, p. 5 e seg.:

“Não tenho, devo logo dizer, nenhuma admiração pelo trabalho científico de nosso Codificador em matéria de posse, onde, restringindo-me ao tema escolhido, e deixando de parte, assim, outras grosseiras incongruências, só descubro a inconveniente e incompleta trasladação de doutrinas arcaicas corporificadas no Código Germânico” (os grifos são nossos).

No B.G.B., portanto, com relação à posse, acham-se, lado a lado, princípios derivados do direito romano e do direito germânico, havendo — como acentua H. MITTEIS⁸ — preponderância destes sobre aquêles. E, ainda consoante H. MITTEIS⁹, as concepções germânicas foram acolhidas no B.G.B. principalmente nestes pontos:

- a) a posse, no direito alemão moderno, é reconhecida como um direito, ou, mais precisamente, como “direito real provisório” (*vorläufiges Sachenrecht*);
- b) reconhece-se a posse múltipla (mediata e imediata);
- c) estabelece-se a posse do herdeiro: êste adquire, automaticamente, independente de imissão efetiva, a posse da herança no momento em que falece o *de cuius*; e
- d) embora, quanto à proteção possessória, se concedam os interditos possessórios que vêm do direito romano, e, portanto, se exclua, em geral, a alegação de posse melhor, é isso admitido nas hipóteses previstas no § 1.007 do B.G.B., onde se introduziu, no direito alemão moderno, graças ao segundo projeto, a ação que SALLEILES¹⁰ denomina “ação de reivindicação de posse”, e que PONTES DE MIRANDA¹¹ prefere designar com a expressão “ação vindicatória de posse”¹².

8. *Deutsches Privatrecht*, 3.^a ed. (*neubearbeitet von HEINZ LIEBERICH*), München und Berlin, 1959, p. 76.

9. *Ob. cit.*, p. 76 e seg.

10. *De la possession des meubles*, Paris, 1907, p. 273 e seg.

11. *Tratado de Direito Privado*, X, Rio de Janeiro, 1955, § 1.133, p. 388 e seg.

12. Segundo PONTES DE MIRANDA (e sua opinião se encontra não apenas no *Tratado de Direito Privado*, X, § 1133 e seg., p. 388 e seg.,

O presente artigo tem por finalidade exclusiva divulgar, entre nossos civilistas, as noções fundamentais sobre a *Gewere*. Nele procuraremos — e, pelo que sabemos, é a primeira vez que, sistematicamente, se trata da *Gewere*, no Brasil¹³ — dar uma idéia geral do que existe, na doutrina germânica, a respeito da *Gewere*, que foi no direito medieval, na expressão de H. MITTEIS¹⁴, “o conceito nuclear do direito das coisas alemão” (*der Zentralbegriff des deutschen Sachenrechts*).

mas também em obras anteriores — assim, nas *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, n.º 117, p. 221; e no *Manual do Código Civil Brasileiro*, XVI, 1, p. 270 e seg.), o Código Civil Brasileiro, no artigo 521, introduziu, em nosso direito, ação vindicatória da posse correspondente à do § 1007 do B.G.B. A nosso ver, porém, é falsa a tese de PONTES DE MIRANDA, como procuramos demonstrar, sumariamente, no verbete *Perda da posse*, publicado no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, XXXVII, Rio de Janeiro, sem data, p. 13.

13. Com efeito, em nosso país, mesmo os autores mais fortemente influenciados pelos civilistas alemães — como EDUARDO ESPÍNOLA e PONTES DE MIRANDA — apenas aludem, de passagem, à *Gewere*, quando se ocupam da posse (vide, a propósito, EDUARDO ESPÍNOLA, *Posse — Propriedade — Co-propriedade ou Condomínio — Direitos autorais*, Rio de Janeiro, 1956, § 24, p. 42 e seg.; e PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, X, *passim*).

Também nos autores portugueses que se referem à *Gewere*, no estudo do direito visigótico ou do antigo direito português, não se encontra exposição mais ampla sobre esse instituto do antigo direito germânico (a respeito, vide, por exemplo, MERÊA, *Os limites da reivindicação mobiliária no direito medieval*, in *Estudos de Direito Hispânico Medieval*, I, Coimbra, 1958, p. 1 e seg.; CABRAL DE MONCADA, *A “posse de ano e dia” nos costumes municipais portugueses*, in *Estudos de História do Direito*, I, Coimbra, 1948, p. 240 e seg.; MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1910, 3.ª ed., § 203 e 210, p. 456 e seg., e 472, respectivamente).

14. *Ob. cit.*, p. 73. No mesmo sentido, HÜBNER, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.ª ed., § 28, p. 163:

“Alle dinglichen Rechte, sowohl das Eigentum wie die an Fahrnis, erschienen in der äusseren Form, in dem Kleide

Para que se saiba da dificuldade que há nessa exposição — o que, obviamente, serve de excusa a algum lapso —, basta salientar que um dos mais célebres historiadores do direito germânico — BRUNNER —, ao se ocupar da *Gewere*, em seu trabalho *Geschichte und Quellen des Deutsches Rechts*, que se encontra na quarta edição da *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* publicada por HOLTZENDORFF, não hesitou em salientar que mesmo o significado jurídico da *Gewere* ainda era questão não solucionada pela literatura germanística¹⁵. Isso, em 1882. Alguns anos mais tarde, em 1894 (quando já se achavam divulgadas várias das mais importantes obras que se escreveram sobre a *Gewere*), outro jurisconsulto de nomeada — FRANKEN¹⁶ — afirmou que não se podia indicar, com precisão, a influência das

einer sogenannten “Gewere” Daher war in der Tat die Gewere die “Grundlage” des mittelalterlichen Sachenrechts”.

As afirmações de MITTELS e de HÜBNER demonstram que a doutrina moderna volta a dar à *Gewere* a mesma importância que lhe atribuía ALBRECHT, em contraposição à tendência doutrinária que levou STOBBE (*Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 2.^a ed., Berlin, 1883, p. 11, nota 1) à seguinte observação:

“Die neueren Arbeiten haben gezeigt, dass die Bedeutung der Gewere für das Alte Sachenrecht oft überschätzt worden und dass Albrecht’s Auffassung, die Gewere sei die Grundlage des deutschen Sachenrechts, unhaltbar ist”

15. Leipzig, 1882, p. 248. Na 7.^a ed. da Enciclopédia de HOLTZENDORFF, publicada por KOHLER, BRUNNER, a cujo cargo continuou a redação da *Geschichte und System des deutschen und römischen Rechts*, ao invés de manter o que havia escrito na 4.^a ed., reformulou totalmente a passagem relativa à *Gewere*, reproduzindo o resumo didático (e, portanto, sem caráter polêmico) que se encontra em sua obra *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* (de cuja oitava edição — editada por SCHWERIN — há tradução espanhola, sob o título *Historia del Derecho Germánico*, publicada, em 1936, pelo Editorial Labor, S.A.).

16. *Lehrbuch des Deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1894, § 21, p. 174 e 175.

concepções do antigo direito germânico sôbre o direito moderno, porque, apesar das numerosas pesquisas históricas, ainda faltavam resultados incontroversos sôbre a *Gewere*. E, com efeito, nessa época, com relação à *Gewere* em geral, podia-se dizer o que BRUNS, em *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*¹⁷, observava, ao acentuar que a natureza da ação mobiliária germânica ainda não estava esclarecida:

“Jede neue Bearbeitung bringt eine neue Ansicht” (Cada nova revisão traz uma nova opinião);

ou o que, mais tarde, em 1911, SCHULTZE, no artigo *Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren in Anfangsverfahren*, publicado no *Festschrift Otto Gierke zum siebenzigsten Geburtstag*¹⁸, escrevia sôbre a *Fahrnisverfolgung*:

“Die Fahrnisverfolgung des germanischen Rechts, so oft sie behandelt wurde, ist immer noch Gegenstand lebhafter Diskussion” (A seqüela mobiliária do direito germânico, tantas vêzes tratada, ainda é sempre objeto de viva discussão).

É por tudo isso que não devem causar estranheza as palavras prudentes de BOURCART, ao ocupar-se da *Gewere* no *Étude historique et pratique sur les actions possessoires*¹⁹:

“Je n’ai pas la prétension de donner un exposé irréprochable de cette institution encore obscure pour les jurisconsultes allemands eux-mêmes. Je crois cependant que les quelques idées, que je vais émettre, et qui sont en général le résumé des opinions d’auteurs très considerables (voir n. 1)

17. Weimar, 1874, § 21, p. 229.

18. Weimar, 1911, p. 759.

19. Paris, 1880, § 66, p. 156, nota 2.

offrent, sinon une certitude absolue, tout au moins une grande vraisemblance”.

Não seria preciso dizer que fazemos nossas essas palavras, embora atualmente — graças, sobretudo, aos trabalhos de HUBER²⁰ e de GIERKE²¹ — já se tenha afastado, em vários pontos, a penumbra que envolvia a *Gewere*²².

2. *O conceito controvertido de Gewere*²³. — Nas fontes medievais do direito germânico, encontra-se a palavra *Gewere* — com que se traduzem os vocábulos *uestitura* e *inuestitura* dos textos jurídicos medievais escritos em latim²⁴ — empregada em diferentes acepções.

20. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht (Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern)*, 1894.

21. *Die Bedeutung der Fahrnisbesitz für streitiger Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1897; e *Deutsche Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), Leipzig, 1905 (§ 113, p. 187 e seg.).

22. Escreve, a propósito, HÜBNER (*Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Leipzig, 1919, § 28, p. 163):

“Seit ALBRECHTS berühmter Monographie stand das Problem der Gewere im Mittelpunkt der Forschungen über die Geschichte des deutschen Privatrechts. Bahnbrechend wirkten nach ihm zumal die Schriften von LABAND und HEUSLER. Aber erst die neuesten Untersuchungen von HUBER, denen GIERKE, HERBERT MEYER, ALFRED SCHULTZE bei tragen, haben diejenige Klärung gebracht, die als endgültige Lösung wenigsten der hauptsächlichsten Rätsel angesehen werden kann”.

23. É muito vasta a literatura germânica sobre a *Gewere*. O leitor encontrará ampla informação bibliográfica em STOBBE-LEHMANN, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., *Zweiter Band (Erster Haldband)*, Berlin, 1896, § 85, p. 190 e seg., nota 1; e em GIERKE, *Deutsches Privatrecht, Zweiter Band (Sachenrecht)*, Leipzig, 1905, § 113, p. 187, nota 1.

Ao que parece — e nesse sentido se manifestam, entre outros, BRUNNER²⁵, STOBBE²⁶, HEILFRON²⁷ e HÜBNER²⁸ —, primitivamente *Gewere* designava o ato pelo qual se transferia juridicamente um imóvel, e no qual a pessoa que até então exercera a senhoria sobre êle declarava que a renunciava (*Auflassung*). Posteriormente, *Gewere* passou a indicar, também, a relação de senhoria entre pessoa e coisa, quer essa relação tivesse por objeto coisa móvel ou imóvel, quer ela surgisse por modo de aquisição derivada ou originária. Enfim, *Gewere* — como salientam STOBBE²⁹ e HEILFRON³⁰ —

24. Para provas da identidade entre *Gewere* e *uestitura* ou *inuestitura*, vide STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band*, 2.^a ed., Berlin, 1883, § 72, p. 11, nota 2.

25. *Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft de HOLTZENDORFF* (7.^a ed., publicada por KOHLER), *Erster Band*, § 46, p. 133.

26. *Handbuch des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band*, Berlin, 1883 (2.^a ed.), § 72, p. 11 e seg.

27. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7.^a ed., Berlin, 1908, § 64, p. 500.

28. *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Leipzig, 1919, § 28, p. 164.

29. *Handbuch des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band*, Berlin, 1883 (2.^a ed.), § 72, p. 12.

Note-se, ainda, que STOBBE, ob. cit., II, § 72, p. 12 e seg., nota 7.^a — e com êle, contra a opinião de LABAND e de HEUSLER, concorda MEISCHEIDER, *Besitz und Besitzschutz*, Berlin, 1876, § 50, p. 247 e seg. — defende a tese de que, nas fontes medievais, se encontra a palavra *Gewere* para indicar, também, o direito à posse (*das Recht zu besitzen*).

LEHMANN, porém, na 3.^a ed. da obra de STOBBE (Berlin, 1896, § 85, p. 195), que antes é uma reelaboração do que pròpriamente uma reedição, salienta (e nesse sentido se manifesta a doutrina mais recente):

“Dagegen bedeutet *Gewere* nicht: das Recht auf den Nutzungsbesitz, also das Recht auf die *Gewere*”

E, em nota (n.º 16, p. 196), acrescenta que as citações de fontes feitas por STOBBE nada provam em favor de sua tese.

30. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7.^a ed., Berlin, 1908, § 64, p. 500.

traduz o objeto (*Besitzum, Haus und Hof*) sôbre que incide essa senhoria.

Iremos, no presente estudo, ocupar-nos apenas com a segunda dessas acepções — a *Gewere* como relação de senhoria entre uma pessoa e uma coisa.

A *Gewere* (a que as fontes jurídicas francêsas aludem com o têrmo *saisine*; as italianas, com a expressão *tenuta*; e as inglêsas, com a palavra *seisin*)³¹ é o instituto que, no direito germânico medieval, corresponde à *possessio*, que só foi introduzida no direito alemão com a recepção, na Alemanha, do direito romano, o que apenas ocorreu no século XVI³².

Mas — note-se — *correspondência* não significa *igualdade*: a *Gewere*, se apresenta pontos de contacto com a *possessio*, dela se afasta em outros aspectos. Basta atentar para o fato de que, enquanto o direito romano distinguiu, nitidamente, as três posições em que decorre para uma pessoa poder sôbre uma coisa (propriedade, posse e detenção), o direito germânico medieval desconheceu, quanto às coisas móveis, a diferença entre posse e detenção, e —

31. A palavra *Gewere* (a propósito, vide, entre outros, GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, § 113, p. 188, nota 3; STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 2.^a ed., § 72, p. 12, nota 3; e SCHULTE, *Lehrbuch der deutschen Rechts — und Rechtsgeschichte*, 4.^a ed., § 146, nota 1, p. 461 e seg.) deriva de *wern* (do gótico *wasjan*, que significa vestir), tomada no sentido de *vestire* (além dêsse significado, *wern* é empregada em dois outros: no de *prohibere, defendere*; e no de *praestare* — de onde resultam, respectivamente, os vocábulos *Gewehr* e *Gewähr*, que não devem ser confundidos com a *Gewere*).

32. Vide, a propósito, BARON, *Pandekten*, 6.^a ed., Leipzig, 1887, § 1, p. 1 e seg. Sôbre a recepção do direito romano na Alemanha, consulte-se o amplo estudo de WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. FERNÁNDEZ JARDON, Madrid, 1957, § 7 e seg., p. 89 e seg.

embora a maioria dos germanistas entenda o contrário³³ — há autores³⁴ que chegam a negar que o direito germânico medieval tenha estabelecido distinção entre propriedade e posse (essas figuras estariam abrangidas na *Gewere*).

Divergem os juristas germânicos com relação ao conceito de *Gewere*. Tomando por ponto de partida a monografia clássica de ALBRECHT (*Die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts*)³⁵, vinda à luz em Königsberg, em 1828, distingue HEILFRON³⁶, a respeito, três correntes de opinião, que se sucederam cronologicamente:

- a) a defendida por ALBRECHT;
- b) a representada por LABAND e HEUSLER; e
- c) a encabeçada por GIERKE e HUBER.

A *Gewere*, segundo ALBRECHT, seria algo tão singular que os autores que procuram sintetizar-lhe o pensamento encontram dificuldade em fazê-lo. Assim, HUBER³⁷ salienta que, para ALBRECHT, a *Gewere* não era nem direito real,

33. Vide, por exemplo, STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, II, 2.^a ed., Berlin, 1883, § 72, p. 10, que é categórico ao afirmar:

“Der Gegensatz zwischen dem Recht an einer Sache und dem Besitz der Sache, d. h. der Ausübung eines Rechts an ihr ist auch schon dem ältern deutschen Recht bekannt”

34. A propósito, vide GLASSON, *De la possession et des actions possessoires au Moyen-Age*, in *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, XIV (1890), p. 590 e seg.; MINGUIJON, *Historia del Derecho Espanol*, I, p. 139 e seg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Der Germanisch — romanische Civil — Prozess im Mittelalter*, I (4.º volume da obra *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlichen Entwicklung*), unveränderter Neudruck, 1959, § 8, p. 14.

35. Os autores são unânimes em reconhecer que o primeiro trabalho fundamental sobre a *Gewere* foi o de ALBRECHT.

36. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7.^a ed., § 64, p. 500 e seg.

37. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 6

nem direito pessoal, mas apresentava, em tôdas as formas de sua manifestação, a mesma característica: a de ser o *direito à representação da coisa* (*das Recht zur Vertretung der Sache*). BESELER³⁸ acentua que ALBRECHT defendia a tese de que a *Gewere* era uma relação jurídica — diversa da em que se encontrava o direito real — protegida por uma ação real. Já, consoante HEILFRON³⁹, ALBRECHT julgava que a *Gewere* era o direito à posse (*Besitzrecht*) de uma coisa, tutelado por uma ação real autônoma. Mais esclarecedor é GERBER⁴⁰, segundo o qual ALBRECHT entende que o direito alemão não conferia ação ao direito real, uma vez que o direito de ação — no caso, o fator formal da seqüela judiciária da coisa contra terceiro — era independente do direito real, e existia quando se preenchiam seus próprios pressupostos; êsse direito de ação (*Klagerecht*), independente do direito real, era a *Gewere*.

A tese de ALBRECHT, em suas próprias palavras, é esta:

“Suchen wir für den Begriff der *Gewere*, der in das *Recht zur Vertretung der Sache* gesetzt worden ist, einen ihm entsprechenden, welcher ihn unserm heutigen Rechte näher bringt, so bietet sich ein solcher in dem Bregriffe der *Dinglichkeit* dar. *Gewere* ist dasjenige, was einem Verhältnisse der Person zur Sache (ich sage absichtlich nicht: einem *Rechte* an der Sache) dingliche Wirksamkeit, d. h. eine dinglyche Klage, oder Sicherheit gegen die dingliche Klage eines Andern giebt; wem die *Gewere* fehlt, dessen Interesse kann nur noch *persönliche, obligatorische* Wirksamkeit haben” — “Se

38. *System des gemeinen deutschen Privatrechts, erster Abtheilung*, Berlin, 1885, § 78, p. 312, nota 9.

39. *Deutsche Rechtsgeschichte*, 7.^a ed., § 64, p. 500 e seg.

40. *System des Deutschen Privatrechts*, 17.^a ed., Jena, 1891, § 72, p. 117, nota 4.

procurarmos para o conceito de *Gewere*, o qual foi colocado no direito à representação da coisa, um correspondente a êle que lhe traga mais perto do nosso direito atual, êsse conceito se apresenta no de *realidade* (*Dinglichkeit*). *Gewere* é aquilo que dá a uma relação de pessoa a coisa (eu não digo, intencionalmente: a um direito sôbre a coisa) eficácia real, isto é, uma ação real, ou proteção contra a ação real de terceiro; a quem falta a *Gewere*, seu interêsse pode ter sòmente eficácia pessoal, obrigatória^{40a}.

Contra a opinião de ALBRECHT manifestaram-se, posteriormente, LABAND e HEUSLER, entendendo ambos que a *Gewere*, no direito germânico medieval, era — à semelhança da *possessio*, no direito romano — o poder de fato de utilização e gôzo de uma coisa. Resumindo suas idéias expendidas, primeiramente, na monografia *Die Gewere*, publicada em 1872, acentua HEUSLER, nas *Institutionen des Deutschen Privatrechts*⁴¹, que a *Gewere* não é pròpriamente um direito, e, nas fontes germânicas, jamais é considerada como tal; ao contrário, é ela sempre apresentada como relação de senhoria de fato, como expressão de fato da dominação sôbre uma coisa. Mas — continua HEUSLER —, a *Gewere* com êsse conteúdo puramente de fato tem, no sistema jurídico germânico, posição determinada e firme como a *possessio*, no direito romano, porquanto uma senhoria que existe de fato é, sempre, uma fôrça que tôda ordem jurídica tem que reconhecer e contar com ela.

Mais recentemente, GIERKE⁴² e HUBER⁴³ (êste, partindo da análise dos efeitos da *Gewere* para chegar à sua con-

40a. *Die Gewere*, neudruck der Ausgabe Königsberg 1828, Aalen, 1967, p. 125.

41. II, § 81, p. 20 e seg.

42. *Deutsches Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), § 113, p. 187 e seg.

ceituação) divergem das duas teses anteriores, e entendem, em síntese, que a *Gewere* nada mais é do que o elemento formal e, conseqüentemente, exterior do direito real⁴⁴. Daí, afirmar HUBER⁴⁵ que a *Gewere* se apresenta como a forma sob a qual o direito real é defendido, conquistado e transferido; por isso, não há direito real que não seja representável através de uma *Gewere*, mas, ao contrário, todo direito real é reconhecido no comércio jurídico sob a figura de uma *Gewere*.

Se, porém, analisarmos, nos pormenores, as teses defendidas por GIERKE e por HUBER, veremos que elas — como bem observa SOKOLOWSKI⁴⁶ — não são rigorosamente coincidentes, pois, enquanto GIERKE⁴⁷ acentua que a *Gewere* é a simples veste do direito real, HUBER⁴⁸ — e, no mesmo sentido, STOBBE-LEHMANN⁴⁹ — salienta que ela é o conteúdo econômico do direito real.

43. Die Bedeutung der Gewere in Deutschen Sachenrecht.

44. Aludindo a essa divergência de correntes doutrinárias, acentua HÜBNER (*Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 28, p. 163) que somente as pesquisas de HUBER, GIERKE, MEYER e SCHULTZE trouxeram esclarecimentos que podem ser tidos, pelo menos, como solução definitiva dos enigmas capitais da *Gewere*.

45. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 21 e seg.

46. *Die Philosophie im Privatrecht, II (Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz)*, unveränder Neudruck, 1959, Aalen, p. 230 e 429 (notas 435 e 436).

47. *Deutschen Privatrecht, II (Sachenrecht)*, § 113, p. 187 e seg.

48. *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, p. 23. e seg.

49. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE, neu bearbeitet von H. O. LEHMANN*, II, 1, 3.^a ed., § 85, n.º 3, p. 193, onde se lê:

“Die Gewere ist der wirtschaftlich werthvolle Inhalt aller dinglichen Rechte”.

Por outro lado, segundo a doutrina mais moderna (que, nesse particular, segue HUBER⁵⁰), para que haja a *Gewere* é preciso, por via de regra, que se preencham dois requisitos (que lembram — como salienta HÜBNER⁵¹ — os dois elementos constitutivos da *possessio*: o *corpus* e o *animus*):

- a) a senhoria de fato sôbre a coisa; e
- b) a afirmação de que essa senhoria de fato corresponde a um direito real sôbre a coisa.

Dêses dois requisitos, o primeiro — a senhoria de fato —, em alguns poucos casos (nas hipóteses em que se configura a *ideelle Gewere* — vide, adiante, o número 3), não ocorre, e, isso não obstante, há a *Gewere*. Em geral, no entanto, é necessário que haja a senhoria de fato sôbre a coisa, para que sôbre ela se tenha a *Gewere*. Mas essa senhoria de fato se apresenta de forma diversa, conforme o objeto da *Gewere* seja coisa móvel ou imóvel. Na *Gewere* sôbre coisa móvel, a senhoria de fato se traduz na detenção da coisa; na *Gewere* sôbre coisa imóvel, há senhoria de fato desde que exista utilização econômica (*wirtschaftliche Nutzung*) da coisa: assim, ainda que alguém não tenha o imóvel imediatamente sob seu poder físico, será titular da *Gewere* sôbre êle, se, através de terceiro, auferir seus frutos naturais ou civis (daí, dizerem as fontes que é titular da *Gewere* sôbre o imóvel quem o tem *in Nutz und Geld*).

Mas, não basta a senhoria de fato sôbre a coisa para que se tenha a *Gewere*; é preciso ainda que, além dêsse requisito, haja outro: a afirmação de que essa senhoria corresponde a um direito real sôbre a coisa. É por isso

50. *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, p. 22 e seg.

51. *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 28, p. 164.

que as fontes salientam que, se o proprietário de um imóvel o entrega a outrem para que êste simplesmente o administre, o titular da *Gewere* não passa a ser o administrador, mas continua a ser o proprietário. Explica-se: se é certo que o administrador exerce a senhoria de fato sôbre o imóvel, também é certo que êle — por ser meramente administrador — não afirma que essa senhoria corresponde a um direito real próprio sôbre a coisa.

Ora, a senhoria de fato sôbre a coisa e a afirmação de que ela corresponde a um direito real fazem com que se presuma que quem tem a *Gewere* sôbre a coisa seja titular de direito real sôbre ela. A *Gewere* gera, assim, a presunção da existência do direito real que ela exterioriza. E é por causa dessa presunção, e não — como ocorre na *possessio* — em virtude da senhoria de fato, que a ordem jurídica protege a *Gewere*.

Por tudo isso, H. MITTEIS⁵², procurando estabelecer a natureza jurídica da *Gewere*, acentua que ela não é sômente um fato, mas também um direito: o direito provisório ao exercício de um direito real presumido (*das vorläufige Recht zur Ausübung eines vermuteten dinglichen Rechtes*).

Não é, portanto, de estranhar a observação — ainda no século passado, e em época anterior aos estudos de GIERKE e de HUBER — de DELBRÜCK⁵³ de que a *Gewere* trazia em si algo de místico que parecia escapar à nossa lógica jurídica.

3. *Espécies de Gewere*. — A mais exhaustiva — que conhecemos — das classificações das espécies de *Gewere* é devida a GIERKE⁵⁴.

52. *Deutsches Privatrecht*, 3.^a ed., p. 74.

53. Cfe. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, II, p. 429, nota 436.

54. *Deutsches Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), § 113, III, p. 190 e seg.

Segundo GIERKE, a *Gewere*, consoante diferentes critérios, pode assim classificar-se:

- I) quanto ao fundamento a que se prende a relação de senhoria reconhecida como *Gewere*:
 - a) *leibliche (hebbende ou brukende) Gewere*;
 - b) *ideelle Gewere* (que ALBRECHT denomina *juristische Gewere*; e BRUNNER, *unkörperliche Gewere*)⁵⁵;
 - c) *rechte Gewere* (também designada por LEHMANN-STOBBE como *qualifizierte Gewere*);
- II) quanto à esfera jurídica dentro da qual a *Gewere* goza de reconhecimento e de proteção:
 - a) *Lehengewere*;
 - b) *Dienstgewere*; e
 - c) *hofrechtlichegewere*
- III) quanto ao conteúdo da *Gewere* que se manifesta na senhoria sobre a coisa:
 - a) *Eigengewere* (ou *Obergewere*); e
 - b) *beschränkte Gewere* (ou *Untergewere*);
- IV) ao lado da *gegenwärtige Gewere*, há:
 - a) *ruhende Gewere*; e
 - b) *anwartschaftliche Gewere*;
- V) quanto ao objeto sobre o qual incide a *Gewere*:
 - a) *Gewere an körperlichen Sachen*; e
 - b) *Gewere an unkörperlichen Sachen*; e

55. Cfe. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), § 113, p. 193, nota 29.

VI) quanto ao titular da *Gewere*:

- a) *Sondergewere*; e
- b) *gemeinschaftliche Gewere*.

Passemos à análise sumária dessas espécies de *Gewere*.

É titular da *leibliche Gewere* (a que as fontes aludem com as expressões *hebbende Gewere* e *brukende Gewere*) quem, além de ter senhoria de fato sôbre a coisa, afirma que aquela corresponde a um direito real sôbre esta. Com relação à senhoria de fato, é preciso, porém, distinguir: se se trata de coisa móvel, a senhoria de fato se traduz na detenção material dela (ou pelo titular da *Gewere*, ou por um seu administrador); se se trata de coisa imóvel, a senhoria de fato se manifesta na utilização econômica (pelo titular da *Gewere* ou por seu administrador) do imóvel, através da percepção de seus frutos naturais ou civis. Assim, como acentua GIERKE⁵⁶, na *leibliche Gewere* sôbre coisa móvel é preciso ter (haben) a coisa, enquanto que na *leibliche Gewere* sôbre coisa imóvel basta usar (*brauchen*).

À *leibliche Gewere*, que é a *Gewere* de fato, se contrapõe a *ideelle Gewere* (*juristische Gewere*, ou *unkörperliche Gewere*), que é a *Gewere* ideal. Essa contraposição corresponde à que se encontra nas fontes francêsas sob as denominações *saisine de fait* e *saisine de droit*.

Já a *ideelle* (*juristische* ou *unkörperliche*) *Gewere* é aquela que existe independentemente de haver senhoria de fato sôbre a coisa. Ela, que se prende ao *princípio da publicidade* que domina todo o direito imobiliário germânico, não se aplica às coisas móveis, exceto se estas são pertenças de imóvel ou partes constitutivas de um patrimônio considerado no seu todo. A *ideelle Gewere* ocorre nas seguintes hipóteses:

56. *Deutsches, Privatrecht*, II (*Sachenrecht*), § 113, p. 191.

- a) o herdeiro, ainda que não tenha senhoria de fato sôbre a herança, se torna, no momento da morte do *de cuius*, titular da *ideelle Gewere* sôbre ela (o que se traduz no brocardo *Le mort saisit le vif*, ou, em alemão, *Der Tote erbt den Lebendigen*)⁵⁷;
- b) quem adquire de outrem um imóvel, mediante a *Auflassung*⁵⁸, se torna imediatamente titular da *Gewere* sôbre êle, ainda que não tenha obtido, de pronto, a senhoria de fato sôbre êsse imóvel;
- c) aquêle que foi expulso de um imóvel por outrem, em face dêste, durante ano e dia, é considerado como se se mantivesse na *Gewere* do imóvel; e
- d) a pessoa a quem um imóvel foi adjudicado por sentença adquire a *Gewere* antes mesmo de ter senhoria de fato sôbre o imóvel.

A *ideelle Gewere*, porém, sômente tem eficácia relativa, pois seu titular apenas pode invocá-la contra o esbulhador da *Gewere*, ou contra o alienante, ou contra aquêle que, não sendo herdeiro, se apossou da herança, ou, finalmente, contra o que foi desapossado do imóvel por sentença judicial.

Com relação à *rechte* (ou *qualifizirte*) *Gewere*, ela ocorre quando alguém, por mais de ano e dia, pública e

57. Sôbre êsses brocardos, vide a explicação de HEILFROM, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 41, p. 346, nota 1 da p. 345.

58. A *Auflassung* é o ato solene pelo qual o alienante renuncia efetivamente a posse do imóvel. Sôbre a *Auflassung*, vide SOHM, *Zur Geschichte der Auflassung, in Festgabe zum Doctor — Jubiläum des Herrn Geheimen Justizrathes Professors Dr. Heinrich Thöl*, Strassburg, 1879, p. 81 e seg.

pacificamente, é titular de *Gewere* sôbre imóvel ou direito imobiliário⁵⁹.

Surgida a *rechte Gewere*, seu titular passava a poder excluir pretensão de terceiro sôbre a coisa ou sôbre direito imobiliário, a qual, se levada a Juízo antes de decorrido o prazo de ano e dia, seria acolhida (assim, por exemplo, aquêle que fôra expulso de um imóvel conservava a *ideelle Gewere*, e podia recuperá-lo judicialmente dentro de ano e dia; não, porém, depois de esgotado êsse lapso de tempo, porque seu adversário passava a ter a *rechte Gewere*).

Portanto, a posição jurídica do titular da *Gewere* se fortalece quando esta se transforma em *rechte Gewere*, que — como salienta STOBBE⁶² —, embora não se confunda com a *usucapio*, tem, no direito germânico medieval, a mesma importância de que desfrutava o usucapião no direito romano⁶³.

59. A propósito da *rechte Gewere*, vide BLUNTSCHLI, *Deutsche Privatrecht*, 3.^a ed. (*besorgt von Dr. Felix Dahn*), München, 1864, § 62, p. 181 e seg.

60. Cfe. STOBBE-LEHMANN, *Handbuch des Deutschen Privatrechts, Zweiter Band, erster halbband*, 3.^a ed., § 87, p. 217 e seg.

61. Embora EICHHORN (*Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts*, 2.^a ed., Göttingen, 1825, § 170, p. 445) afirme que

“bei beweglichen Sachen war daher eine rechte Gewere nicht möglich”,

os autores posteriores a êle reconhecem (vide indicação de fontes em STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, 2.^a ed., II, § 74, p. 24, nota 1.^a), que, excepcionalmente, se estendeu a *rechte Gewere* a coisas móveis.

62. *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, II, 2.^a ed., § 74, p. 29.

63. Para demonstrar-se que a *rechte Gewere* não se confunde com a *usucapio*, basta salientar que na *rechte Gewere* não há, como na *usucapio*, a transformação de um fato em um direito, mas, sim, a transformação de posse ou de aquisição de direito sujeitas à contes-

Quanto à esfera jurídica dentro da qual a *Gewere* goza de reconhecimento e de proteção, temos que distinguir a *landrechtliche Gewere*, a *Lehengewere*, a *Dienstgewere* e a *hofrechtliche Gewere*.

A princípio, como o *Landrecht* (direito territorial) não reconhecia o *Lehenrecht* (direito feudal), o *Dientsrecht* (direito dos vassallos) e o *Hofrecht* (*ius curiae* ou *ius curtis*)⁶⁴, a *Gewere* sôbre as terras dadas em *precarium* (*Leihe*)⁶⁵ era atribuída, segundo o *Landrecht*, ao senhor, enquanto que, consoante o *Lehenrecht*, o *Dienstrecht* e o *Hofrecht*, tinham sôbre elas a *Gewere* o vassallo livre, o vassallo não livre e o camponês.

Mais tarde, no tempo das compilações de direito (*Rechtsbücher*), passando o *Lehenrecht*, o *Dienstrecht* e o *Hofrecht* a ser reconhecidos pelo *Landrecht*, o mesmo ocorreu, em consequência, com a *Lehengewere*, a *Dienstgewere* e a *hofrechtliche Gewere* como *unvollständige*

tação em posse ou aquisição de direito incontestáveis. Vide, a propósito, STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, II, 2.^a d., § 74, p. 29.

64. Sôbre a conceituação do *Lehenrecht*, do *Dienstrecht* e do *Hofrecht*, vide, entre outros, HÜBNER, *Grandzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 1, p. 3; e EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts*, p. 8 e seg.

65. Com referência à tradução da palavra *Leihe*, são oportunas estas observações de ALVAREZ LOPES (p. 32, nota 2, de sua tradução da História do direito germânico de BRUNNER — v. SCHWERIN):

“La acepción medieval de la palabra *leihe* encuentra difícil equivalencia técnica en castellano.

.

El sentido de aquele término, en las fuentes jurídicas alemanas contemporáneas (C.c. § 598, *leihe* = comodato), no tiene ya la holgura primitiva. Sobre la base de la amplitud terminológica de las fuentes latinas francas (BRUNNER, DRG. I², 304) y de las observaciones de HUEBNER, *Gundzuege*⁵, § 45, se traducirá simplemente por *precarium*, sobreentiéndase *iuris germanici*”

(incompletas) *Gewere*, persistindo sôbre as terras dadas em *precarium* a *Gewere* do senhor.

É certo, porém, que há autores — assim HEUSLER⁶⁶, LEHMANN⁶⁷ e HUBER⁶⁸ — que entendem (no que são combatidos por GIERKE⁶⁹) que, nesse segundo período, o senhor perdia totalmente a *Gewere* sôbre a terra dada em *precarium*.

Com referência à distinção entre a *Eigengewere* (*Gewere* plena) e a *beschränkte Gewere* (*Gewere* limitada) — também denominadas, respectivamente, *Obergewere* e *Untergewere* —, é de acentuar-se que aquela ocorre quando há a afirmação de direito de propriedade sôbre a coisa, enquanto que esta, quando, sôbre a coisa, se exterioriza um direito que propicia ao titular utilização limitada da coisa (assim, um direito real limitado, o direito do vassalo sôbre a terra dada em *precarium*, o direito do tutor sôbre os bens do tutelado)⁷⁰.

Essas duas categorias, porém, só são aceitas pelos juriconsultos que entendem que, no direito germânico medieval, se admitia a pluralidade de *Gewere* sôbre uma coisa — assim, por exemplo, na locação, o locador teria sôbre a coisa a *Eigengewere* (ou *Obergewere*), e o locatário a *beschränkte Gewere* (ou *Untergewere*), e isso

66. *Institutionen des Deutschen Privatrechts, zweiter Band*, § 82, p. 28.

67. *Handbuch des deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halband)*, 3.^a ed., § 85, p. 199.

68. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 30.

69. *Deutsche Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 199, nota 50.

70. Note-se que se dá a denominação de *gemene* (ou *blote*) *Gewere* à *Gewere* sem se levar em consideração o título jurídico em que ela se baseia (vide, a propósito, GIERKE, *Deutsche Privatrecht, zweiter Band* — § 133, p. 199, nota 51).

porque aquêlé tira dela utilização mediata, e êste, imediata⁷¹.

Há autores — e do porte de HEUSLER⁷² — que negam fôsse possível, no direito germânico medieval, essa pluralidade. Alguns, no entanto, como LEHMANN⁷³, embora rejeitando também essa pluralidade⁷⁴, admitem que, nas fontes, excepcionalmente, há hipóteses em que ocorre a pluralidade de *Gewere* sôbre uma coisa; assim, por exemplo, se o vassalo transmite a terceiro a *Gewere* de que dispõe, não perde êle a *Gewere* em face do senhor feudal. Mas nesses casos — observa LEHMANN⁷⁵ — apenas uma pessoa tem a *absolute Gewere* (*Gewere absoluta*, isto é, a que se faz valer contra qualquer um); a outra (ou outras) sômente é titular da *relative Gewere* (*Gewere relativa*, ou seja, a que vale apenas em face de determinada pessoa — assim, no exemplo anterior, o vassalo, que transferiu a *absolute Gewere* a terceiro, conserva apenas uma *relative Gewere* em face do senhor feudal). Para LEHMANN,

71. Nesse sentido, entre outros, GIERKE, *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 199 e seg.; e MITTEIS, *Deutsches Privatrecht*, 3.^a ed., p. 74.

72. *Institutionen des Deutschen Privatrechts, zweiter Band*, § 82, p. 25 e seg.

73. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 85, p. 199 e seg.

74. São de LEHMANN (*ob. cit.* na nota anterior, p. 199) estas palavras:

“Eine mehrfache Gewere giebt es nicht. Es hat nicht etwa einer (z. B. Zinsherr, Lehnsherr) eine Ober-Gewere, ein anderer (Zinsmann, Vasall) eine Unter-Gewere...”

75. *Ob. cit.*, p. 199.

sòmente a *absolute Gewere* é a verdadeira *Gewere*, pois a *relative Gewere* se baseia tão só em uma ficção jurídica⁷⁶.

Note-se, enfim, que, admitida essa classificação (*Obergewere* e *Untergewere*), se divisaria, aí, a origem germânica da distinção, acolhida no *Bürgerliches Gesetzbuch*, entre a posse imediata (ou direta) e a posse mediata (ou indireta).

Além da *gegenwärtige Gewere* (*Gewere atual*), GIERKE⁷⁷ distingue a *ruhende Gewere* (*Gewere paralizada*) e a *anwartschaftliche Gewere* (*Gewere em formação*).

A *ruhende Gewere*, consoante MITTEIS⁷⁸, é a que existe sem que haja utilização da coisa cognoscível externamente; GIERKE⁷⁹, porém, prefere caracterizá-la salientando que a *ruhende Gewere* “corresponde a um direito real atual reconhecido como existente, que, no momento, não proporciona nenhum gôzo, mediato ou imediato, da coisa”. Assim, tem a *ruhende Gewere* o titular da *Gewere* sòbre uma coisa que entrega esta a seu credor, a título de garantia real (penhor); nesse caso, segundo vários autores (como GIERKE e MITTEIS)⁸⁰, a *Gewere* não se perde, mas fica paralizada. É certo, porém, que há juristas — como

76. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 85, p. 204, onde se lê:

“Wahre Gewere ist nur die absolute Gewere; sie ist stets eine einheitliche. Die daneben vorkommende relative Gewere beruht auf Rechtsfiktion”

77. *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 200 e seg.

78. *Deutsches Privatrecht*, 3.^a ed., p. 75.

79. *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 200 e 201.

80. Vide passagens citadas nas notas 78 e 79.

HUBER⁸¹ e STOBBE⁸² — que negam a existência da *ruhende Gewere*, por entenderem que, em hipóteses como essa, a pessoa que entregou a terceiro a coisa perde a *Gewere* sôbre ela.

Já a *anwartschaftliche Gewere* (*Gewere em formação*) é a que corresponde a um direito real que poderá surgir, eventualmente, no futuro — por exemplo: a que ocorre em favor daquele a quem se transfere, sob condição suspensiva, direito de propriedade sôbre uma coisa.

Quanto ao objeto sôbre que incide a *Gewere*, pode ser êle — segundo GIERKE⁸³ — uma coisa corpórea ou um direito; daí, a distinção entre a *Gewere an körperlichen Sachen* e a *Gewere an unkörperlichen Sachen*.

Se, com relação à *Gewere an körperlichen Sachen*, não há divergência entre os autores (que a admitem com referência a móveis e a imóveis), o mesmo não ocorre quanto a *Gewere an unkörperlichen Sachen*. Com efeito, autores mais antigos — como BRUNS⁸⁴ e, em parte, BESELER⁸⁵

81. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 27.

82. Salienta STOBBE, no *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, *zweiter Band*, 2.^a ed., § 72, p. 15:

“Andererseits ist die Gewere nicht mit dem dinglichen Recht an sich verbunden: der Eigenthümer hat keine Gewere, so lange der Pfandgläubiger das Grundstück in Satzung, der Leibzüchter als Leibzucht besitzt.. ”

E conclui, linhas abaixo:

“Es giebt keine eventuelle, keine Gewere zur Anwartschaft”

83. *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 201 e seg.

84. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 331.

85. *System des gemeinen deutschen Privatrechts, erste Abtheilung*, § 79, p. 315 e seg., onde BESELER salienta que era assim primitivamente, mas, depois,

— entendiam que o direito germânico medieval não conheceu uma *Gewere am Rechte* como instituto independente (ao contrário do que acontecia no direito romano com a *possessio iuris*, que se baseava no princípio *usus iuris pro possessione*)⁸⁶, mas a ela chegava de modo indireto, pois, podendo a *Gewere* sôbre coisa corpórea exteriorizar qualquer direito que se exercesse com relação a esta, quem era titular da *Gewere* sôbre a coisa objeto do direito exteriorizado pela *Gewere*, dispunha, em última análise, da *Gewere* sôbre êsse direito. Procurando esclarecer essa tese, BOURCART⁸⁷ — que segue de perto BRUNS — salienta:

“... on ne connaissait pas de “*Gewere am Rechte*” indépendante et distincte. Mais la *Gewere an der Sache* comprenait en elle tous les droits qu’une personne possédait sur la chose soumise à la *Gewere*; et ainsi le droit faisait aussi l’objet d’une *Gewere*, mais non pas d’une *Gewere* séparée: on avait la *Gewere am Rechte*, parce qu’on avait la *Gewere* de la chose objet du droit. Par exemple le droit d’un évêque sur une communauté, le droit d’un seigneur sur un village étaient compris dans la *Gewere* de l’évêque sur la communauté, du seigneur sur le village”⁸⁸.

“... die selbständige Entwicklung deutscher Rechtsinstitute führte doch dahin, eine *Gewere* an dem Rechte auch ohne die unmittelbare Herrschaft über die Sache gelten zu lassen”.

86. A propósito, vide BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 331.

87. *Étude Historique et Pratique sur les Actions Possessoires*, p. 159.

88. BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 331, assim se explica:

“Indessen kann man diese *Gewere* des Zinsrechtes doch der Römischen *iuris possessio* keineswegs gleichstellen. Das Princip ist hier nicht, dass der *usus iuris pro possessione*

Ainda segundo êsses autores, foi o direito canônico que, por analogia à *possessio iuris* do direito romano, distinguuiu, como institutos independentes, a *Gewere an der Sache* e a *Gewere am Rechte*, sem, no entanto, atribuir características diversas a ambas, que foram, aliás, assimiladas à *possessio rei* e à *possessio iuris*.

Essa, porém, não é a opinião dos escritores mais modernos que se ocuparam da matéria. Para êstes — assim, GIERKE⁸⁹ e LEHMANN⁹⁰ —, as fontes germânicas medievais indicam a existência da *Gewere am Rechte*, como instituto independente, e *Gewere* que pode ter por objeto um círculo bem mais amplo de direito do que o dos poucos direitos reais que, segundo o direito romano, eram susceptíveis de *possessio iuris*. Com efeito, como salienta BRUNNER⁹¹, podiam ser objeto de *Gewere* os direitos que admittiam exercício duradouro:

“Gewere war nicht bloss an körperlichen Sachen, sondern auch an Rechten möglich, die eine dauernde Ausübung zuliessen”⁹².

sei, sondern die Gewere am Zinse beruht darauf, das der Zinsherr einê Gewere am Zinsgute selbst hat, die ihm das Recht giebt, den Zinsmann, wenn er nicht sahlt, auszupfänden, oder sich sogar des Zinsgutes zu eigen zu interwinden.

.....
Stets aber ist die Gewere am Zinse mit dieser Gewere an dem Gute so innig verbunden, dass von einem eigentlichen Besitze des Rechtes als solchen kaum die Rede sein kann”

89. *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 202.

90. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 85, p. 204.

91. *Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft de HOLTZENDORFF, erster Band*, 7.^a ed., p. 133.

92. A propósito, vide também LEHMANN, *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 85, p. 205.

Finalmente, a *Gewere*, quanto ao seu titular, se distingue em *Sondergewere* e em *gemeinschaftliche Gewere* (isto é, em *Gewere singular* e em *Gewere em comum*, conforme seja exercida, respectivamente, por uma só pessoa, ou por várias conjuntamente).

Por outro lado, quanto à *gemeinschaftliche Gewere*, esclarece GIERKE⁹³ que à antiga *Genossenschaft* (corporação do direito germânico) corresponde uma *genossenschaftliche Gesamtgewere*, e à *Gemeinschaft zur gesamten Hand* (comunidade em mão comum) uma *Gewere zu gesamter Hand*.

4. *Aquisição e perda da Gewere.* — A aquisição da *Gewere*, como salienta LEHMANN⁹⁴ — a quem seguimos na exposição abaixo —, ou é originária, ou é derivada.

Estudando ambas essas espécies de aquisição da *Gewere*, LEHMANN distingue os imóveis dos móveis.

Com relação aos imóveis, ocorre a aquisição derivada da *Gewere* quando se verifica:

- a) a transferência para outrem — a princípio, através da *reale Investitur*; depois, mesmo da *symbolische Investitur*⁹⁵ — do imóvel, realizada pelo até então titular da *Gewere*; ou

93. *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 203.

94. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von OTTO STOBBE neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 86, p. 206 e seg.

95. Como salienta SOHM (*Zur Geschichte der Auflassung, in Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Justizrathes Professors Dr. Heinrich Thöl*, p. 85 e seg.), há duas espécies de *Investitur*: a *reale Investitur* e a *symbolische Investitur*.

Quanto à *reale Investitur*, escreve SOHM (*ob. cit.*, p. 85):

“Die reale Investitur ist die feierliche Besitzübertragung des Grundstücks, welche auf dem Grundstück selber vor Zeugen und unter bestimmten Solennitäten vollzogen wird.

- b) a adjudicação; ou
- c) a transmissão hereditária.

Na aquisição derivada, não só ela ocorre *ipso iure*, mas também, através dela, sempre se adquire sôbre o imóvel à *rechte Gewere*.

Já a aquisição originária da *Gewere* sôbre imóvel se dá quando alguém, sem ser mediante o emprêgo de um dos meios de aquisição derivada, obtem a posse útil (*Nutzbesitz*)⁹⁶ do imóvel, com a intenção de tê-lo para si⁹⁷. Através da aquisição originária, não se adquire a *rechte Gewere* sôbre a coisa imóvel, o que só se vai verificar se a *Gewere* perdurar durante ano e dia sem ataque.

Die Solennitäten der realen Investitur sin zweierlei: der solenne Apprehensionsakt und der solenne Auflassungsakt”

Já com relação à *symbolische Investitur*, esclarece BRUNNER (*Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft de HOLTZENDORFF, I, 7.ª ed., § 46, p. 133*):

“Doch bildeten sich schon in frändischer Zeit Formen einer unkörperlichen (symbolischen) Vestitur aus, die als konsensuale Besitzübertragung und Besitzräumung mit Übergabe bestimmter Symbole ausserhalb des Gundstückes stattfand”

96. *Nutzbesitz* (posse útil), porque, como salientamos no n.º 2, “na *Gewere* sôbre coisa imóvel há senhoria de fato desde que exista utilização econômica (*wirtschaftliche Nutzung*) da coisa: assim, ainda que alguém não tenha o imóvel imediatamente sob seu poder físico, será titular da *Gewere* sôbre êle, se, através de terceiro, auferir seus frutos naturais ou civis (daí, dizerem as fontes que é titular da *Gewere* sôbre o imóvel quem o tem *in Nutz und Geld*)”.

97. É o *animus rem sibi habendi*. Sôbre o *animus* na *Gewere*, vide, entre outros, STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts, zweiter Band, 2.ª ed., § 72, p. 15*; KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen, Jena, 1882, p. 78 e seg.*; e SOHM, *Zur Geschichte der Auflassung, in Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Justizrathes Professors Dr. Heinrich Thöl, p. 107 e seg.*

Quanto aos móveis, LEHMANN⁹⁸ julga conveniente distinguir os modos de aquisição que fazem surgir, *ipso iure*, a *Gewere* contra todos, daqueles pelos quais a *Gewere* só se torna oponível ao alienante depois de decorridos três dias (*sessio tridutana*)⁹⁹.

A *Gewere* se adquire *ipso iure* (sem ser necessário mesmo a tomada efetiva de posse), e é desde logo oponível contra todos, quando há:

- a) transmissão hereditária (o herdeiro se torna titular da *Gewere* sobre as coisas móveis que se encontravam sob a *Gewere* do *de cuius*);
- b) imissão judicial na posse da coisa móvel; e
- c) a adjudicação, pelo juiz, de um imóvel, hipótese em que, além de nascer, para o adjudicante, a *Gewere* sobre o imóvel, surge também para êle a *Gewere* sobre as coisas móveis que se encontram no imóvel e que não estão sob *Gewere* alheia.

Já nos dois casos que se seguem, além de ser necessária a tomada efetiva de posse, a *Gewere* somente passa a ser oponível ao alienante depois de transcorridos três dias. Isso se dá quando a *Gewere* sobre coisa móvel surge:

- a) através da tradição da coisa; e
- b) através da tomada de posse dolosa da coisa.

A *Gewere* se extingue, quer com relação aos imóveis, quer com referência às coisas móveis, quando se perde o

98. *Handbuch des Deutschen Privatrechts von Otto Stobbe neu bearbeitet von H. O. LEHMANN, zweiter Band (erster halbband)*, 3.^a ed., § 86, p. 208 e seg.

99. A propósito, vide GIERKE, *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 112, p. 196, nota 39; e JOBBÉ-DUVAL, *Étude Historique sur la Revendication des Meubles en Droit Français*, Paris, 1880, p. 25, nota 2.

poder de fato sôbre a coisa, e outrem o adquire, tornando-se, assim, titular da *Gewere* sôbre ela. Isso não se verifica, porém, nas hipóteses em que ocorre a *ideelle Gewere* (vide n.º 3), ou — para os autores, como LEHMANN, que admitem a distinção entre a *absolute Gewere* e a *relative Gewere* — a *relative Gewere* (embora, neste último caso, se extinga a *absolute Gewere*).

5. *Os três efeitos da Gewere.* — Os autores, por via de regra, concordam em que a *Gewere* produz três espécies de efeitos:

- a) o efeito defensivo (denominado por HUBER: *Defensivwirkung*; por GIERKE: *Wirkung der Rechtsverteidigung*; e por CONRAD: *Verteidigungswirkung*)¹⁰⁰;
- b) o efeito ofensivo (denominado por HUBER: *Offensivwirkung*; e por GIERKE: *Wirkung der Rechtsverwirklichung*)¹⁰¹; e
- c) o efeito translativo (denominado por HUBER: *Translativwirkung*; por GIERKE: *Wirkung der Rechtsübertragung*; e por CONRAD: *Uebertragungswirkung*)¹⁰².

Analisemo-los, separadamente.

A) — O Efeito Defensivo.

Graças ao efeito defensivo da *Gewere*, pode seu titular — ainda que ela tenha sido adquirida através de ato

100. HUBER, *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 19; GIERKE, *Deutsches Privatrecht, zweiter Band (Sachenrecht)*, § 113, p. 203; e CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte, Band I (Frühzeit und mittelalter)*, 1954, p. 567.

101. HUBER, *ob. cit.*, p. 19; GIERKE, *ob. cit.*, p. 204.

102. HUBER, *ob. cit.*, p. 21; GIERKE, *ob. cit.*, p. 204; e CONRAD, *ob. cit.*, p. 567.

ilícito (assim, por exemplo, mediante roubo)¹⁰³ — defendê-la:

- a) com o emprêgo da fôrça, se alguém pretender despojá-la dela por ataque extrajudicial; ou
- b) na própria ação judicial que outrem lhe mova para retirar-lhe a *Gewere*.

A defesa pela própria fôrça física se explica pelo fato de que as fontes germânicas medievais acentuam que o titular da *Gewere* não pode ser privado dela senão através de sentença judicial (*mit Urteil und Recht*).

Por outro lado, o direito presumido que se exterioriza através da *Gewere* pode ser posto em dúvida, sendo ela, portanto, susceptível de ser atacada judicialmente. Nesse caso, seu titular goza de posição processual favorável, no que diz respeito à preferência no tocante à prova: a *Gewere* possibilita a seu titular fazer prova em primeiro lugar, e isso, no processo germânico, é vantagem, pois, aí, ao contrário do que ocorre no direito romano e no direito moderno, a prova não é onus, mas, sim, direito da parte. Por isso, salienta BOURCART¹⁰⁴:

“Et voici en quoi la situation du possesseur est plus avantageuse; sa possession lui donne le droit de faire la preuve le premier. En effet, au rebours des idées romaines et de nos idées modernes, la preuve constitue un droit et non pas un fardeau, et dès lors celui qui a la priorité du droit à la preuve a l'avantage sur son adversaire; il a l'avantage de celui qui tire le premier dans un duel”¹⁰⁵.

103. Cfe. GIERKE, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, in *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* de HOLTZENDORFF, *erster Band*, p. 226.

104. *Étude historique et pratique sur les actions possessoires*, p. 168.

É certo, porém, que entre os autores não há concordância sobre o motivo por que se atribui ao réu essa vantagem. De acordo com a doutrina dominante, isso decorre da simples condição de réu. Segundo alguns autores modernos, ela resulta da circunstância de que o réu, como titular da *Gewere*, está em condições de saber melhor como a adquiriu¹⁰⁶.

B) — O Efeito Ofensivo.

Quanto ao efeito ofensivo, é preciso distinguir a *Gewere* sobre coisa imóvel da *Gewere* sobre coisa móvel.

Em se tratando de imóveis, o efeito ofensivo da *Gewere* ocorre quando se configuram a *ideelle Gewere*, a *ruhende Gewere*, a *anwartschaftliche Gewere* e a *Obergewere* (ou *Eigengewere*). Em todas essas hipóteses, o titular da *Gewere* podia recuperar a posse útil da coisa imóvel (*leibliche Gewere*) através de ação judicial contra aquele que tivesse sobre o imóvel a *leibliche Gewere*¹⁰⁷. Assim, por exemplo, num dos casos de *ideelle Gewere*, o despojado de um imóvel podia tentar recuperá-lo com o

105. A propósito, escreve BRUNS (*Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 288 e seg., nota 1):

“Dabei muss man sich erinnern, dass im Germanischen Rechte die Parteien ihre Behauptungen in der Regel nicht eigentlich beweisen, sondern nur entweder sie beschwören, allein oder mit Eidshelfern, oder ein Gottesurtheil, namentlich Zweikampf, darüber entscheiden lassen; dass daher, namentlich im erstern Falle, der Beweis keine Last, sondern ein Recht ist, und der Vortheil des Beklagten im Prozesse (namentlich auch des Besitzers bei Sachklagen) nicht in der Freiheit vom Beweise, sondern umgekehrt in dem Rechte zum ersten Beweise besteht”.

106. A propósito, vide BRUNNER-SCWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, trad. ÁLVAREZ LÓPES, § 46, p. 196, nota, devida ao tradutor.

107. Sobre a ação de que trata o texto, vide BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, IV, § 24, p. 53 e seg.

emprego da força; não o conseguindo (e ainda mesmo que não o tentasse), dispunha êle de ação judicial contra o esbulhador para restabelecer sua *leibliche Gewere*. Também na hipótese de *ruhende Gewere* — e o exemplo é de HÜBNER¹⁰⁸ —, se alguém arrendasse um imóvel a um lavrador, por tôda a vida dêste, e se o lavrador falecesse e seu herdeiro se recusasse a restituir o imóvel, quem arrendara (e era, portanto, o titular da *ruhende Gewere*) podia intentar-lhe ação para obter o restabelecimento de sua *leibliche Gewere*.

Já com relação às coisas móveis o panorama era diverso. Desde os tempos mais remotos, era preciso distinguir a privação voluntária da privação involuntária da *Gewere*, embora, em ambas as hipóteses, a pessoa despojada da *Gewere* a perdesse, por não mais deter efetivamente a coisa.

Quando ocorria privação voluntária da *Gewere* (assim, se a coisa móvel tivesse sido entregue a um depositário ou a um comodatário), a pessoa que dela fôra voluntariamente privada — se a outra a quem confiara a coisa se negasse a restituí-la — sômente dispunha de ação pessoal contra esta, para obter a restituição do móvel, ou, se isso não fôsse mais possível, indenização correspondente a seu valor. Dessa forma, se a pessoa, a quem a *Gewere* tinha sido confiada, a transferisse a terceiro, contra êste (ainda que estivesse de má fé) o privado da *Gewere* não tinha ação judicial para obter a restituição da coisa, mas apenas ação pessoal contra aquêle a quem êle confiara a *Gewere*, para conseguir indenização. Vigorava, a propósito, o brocardo *Hand muss Hand wahren* (a mão deve guardar a mão¹⁰⁹), ou — como salienta BETHMANN-HOLLWEG¹¹⁰ — *Wo*

108. *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 28, p. 176.

109. Sôbre êsse princípio, vide G. BESELER, *Hand wahre Hand*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1939, p. 201 e seg.

110. *Der Zivilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, IV. § 8, p. 15, nota 10.

ich meinen Glauben gelassen habe, da muss ich ihm wieder suchen (onde eu deixei minha confiança, lá devo buscá-la de novo). Daí, dizer-se na Idade Média: *mobilia non habent sequelam* (não há faculdade de seqüela em matéria de móveis).

Se, porém, a privação da *Gewere* fôsse involuntária (e isso ocorria nas hipóteses de perda, furto ou roubo da coisa móvel), quem dela se vira privado contra ou sem sua vontade (mesmo que não o proprietário) dispunha — se não tivesse pilhado o ladrão em flagrante (*handhafte Tat*) e impedido com o emprêgo da fôrça a privação da *Gewere*; ou, então, se o ladrão houvesse fugido sem deixar vestígios que permitissem seguir a coisa furtada ou roubada para reavê-la (*Spurfolge*); ou, finalmente, se a coisa apenas fôsse encontrada depois de três dias do furto ou do roubo -- de uma das duas seguintes ações para recuperar a coisa:

- a) a *Anefangsklage*¹¹¹, que era precedida de processo extrajudicial para a localização da coisa (a *Anefang*, que, como perceberam de há muito GRIMM e WILDA¹¹², apresenta acentuada analogia com a *perquisitio lance licioque* do direito romano¹¹³, e que, se fôsse julgada improce-

111. Sôbre a *Anefangsklage*, vide BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, IV, § 23, p. 40 e seg.; SCHRÖDER, *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 4.^a ed., Leipzig, 1902, p. 376 e seg. (exposição muito clara); HÜBNER, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 58, p. 358 e seg.; JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique sur la revendication des meubles en Droit Français*, p. 21 e seg.; e KARL RAUCH, *Spurfolge und Anefang in ihren Wechselbeziehungen*, Weimar, 1908, p. 4 e seg.

112. Cfe. JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique sur la revendication des meubles en Droit Français*, p. 23.

113. A *perquisitio lance licioque* era a busca a que a vítima do furto procedia na casa do suspeito como ladrão, trajando ela, apenas, um pequeno calção que lhe cobria a parte inferior do tronco, e tendo, nas mãos, um prato, ritual antiquíssimo e que, no tempo de GAIO, já se afigurava ridículo (GAIO, *Institutas*, III, 193).

dente, acarretava não só a condenação do autor a pagar multa (*eine Busse*), mas também, eventualmente, sua responsabilidade penal¹¹⁴; e

- b) a *schlichte Klage*¹¹⁵, que era, como acentua SCHULTE¹¹⁶, uma ação que, sem ter havido a *Anefang*, se fundava na simples afirmação do autor de que o réu tinha em seu poder coisa do primeiro; demais, não havia qualquer risco para o autor se a ação fôsse julgada improcedente.

C) — O Efeito Translativo.

Sòmente podia transferir direito real sòbre uma coisa — quer móvel, quer imóvel — quem possuísse a *Gewere* sòbre ela. Assim, como acentua HUBER¹¹⁷, a *Gewere* atribui a seu titular a legitimação para transferir a terceiro o direito real que êle tem sòbre a coisa. Em outras palavras: a transmissão do direito real só se faz sob a forma de transmissão da *Gewere*, que, dêsse modo, é pressuposto daquela transferência¹¹⁸.

114. Cfe. SCHRÖDER, *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, 4.^a ed., p. 380.

115. Vide, a propósito, HÜBNER, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., § 58, p. 361.

116. *Lehrbuch der deutschen Reichs — und Rechtsgeschichte*, 4.^a ed., § 153, p. 488.

117. *Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht*, p. 21.

118. Daí, dizer PLANITZ, *Germanische Rechtsgeschichte*, 3.^a ed., Berlin, 1944, § 49, p. 215:

“Die Uebertragung des dinglichen Rechtes war nur unter der Form der Uebertragung der Gewere wirksam”.

Um Ângulo do Comodato.

Paulo Carneiro Maia

Professor-docente (na regência do curso noturno) e assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO. 1. Enunciação temática. — 2. Desdobramento da perspectiva. — 3. Breve indagação no plano histórico para articulação do problema. — 4. Idéia conceitual. — 5. Bases textuais do tema dominante. — 6. O direito positivo e a dimensão do preceito civil pátrio. — 7. Conclusão.

1. O enunciado dêsse esboço de estudo, por si só, já estabelece limites para o tema cogitado, quais sejam êles, os pertinentes a uma aresta do comodato, contemplado no código civil pátrio como modalidade de empréstimo¹.

1. Na parte especial, livro III, capítulo V, com o título “do empréstimo”, cuida o *c.c.*, em secções distintas, primeiro do comodato (arts. 1248 a 1255), depois do mútuo (arts. 1256 a 1264), duas figuras contratuais de real importância, as quais têm como denominador geral a entrega de uma coisa, para ser usada e restituída *in individuo*, mas que se distinguem por suas características genuínas e inconfundíveis.

Preciso é o escólio de CLOVIS BEVILAQUA, que a seguir relaciona os requisitos do comodato e mais adiante os do mútuo, a mostrar, então, onde transparece a diferença entre essas duas formas de contrato: “Sob a designação geral de *empréstimo* compreendem-se dois contratos, o comodato e o mútuo, o empréstimo de uso e o empréstimo de consumo, que têm de comum a entrega de um objeto para ser utilizado e restituído, porém, que diferem por muitos caracteres” (*Código civil comentado*, 3.^a ed., 1930, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, vol. IV, pp. 448/449 e 456).

A individuação do tratamento, por seu turno, sem desvio para o aspecto fiscal da incidência ou não, *verbi gratia*, do “impôsto sôbre serviço de qualquer natureza”², bitolando-se pelo efêmero e inconsistente, é nuclear e una. Cinge-se, pois, à hermenêutica de preceito dispositivo, referente a uma das obrigações do comodatário, tal a de pagar o “aluguer”, da coisa “durante o tempo do atraso em restituí-la”³.

2. Embora desapartados de apreciação sistematizada do instituto do comodato — pela índole das considerações antes definidas, que soberbias adverbiais, acaso valorizadas, não seriam suficientes para mudar o norte — nem por isso, devamos extremar breve perquirição histórica. Antes, e porque visamos a melhor articulação do problema, a pesquisa da origem histórica, ao lado da idéia conceitual, constituirão estimáveis subsídios à conclusão procurada.

2. Em algumas tentativas, de nosso conhecimento, a Fazenda do Estado, em conseqüência de autuações, circunscrevendo-se à órbita administrativa, ou no terreno judicial, ajuizando executivos fiscais — ao tempo em que a decretação do impôsto de transações era de sua competência (c.f., de 18.IX.1946, art. 19, § 5.º, dec. 22.022, de 21.I.1953, livro II, art. 1, letra “c” e 36, § 1.º c/c dec. 28.304, de 3.V.1957, arts. 1, parágrafo único e 2, letra “a”), hoje atribuída ao município, pela nova discriminação tributária, sob a denominação de “serviços de qualquer natureza”, com o largo campo aberto à sua arrecadação, excluído o fato gerador de impôsto, cuja competência ficou reservada à União ou aos Estados (c.b., de 24.I.1967, art. 25, inciso II, lei 6989, de 29.XII.1966, art. 49 e dec. n.º 6979, de 20.IV.1967, que regulamentou a lei municipal retro indicada) — exigiu e pretendeu tornar efetiva a cobrança pela mora na devolução de vasilhame, destinado ao transporte de oxigênio, acetileno, ou gaz, entregue ao usuário, no prazo preestabelecido no contrato de comodato, transformando-o em contrato de locação e confundindo *aluguel* com *pena*.

3. Dispõe, na íntegra, o art. 1252 do *c.c.*: “O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo do atraso em restituí-la”.

3. Pelas irradiações advindas dos mananciais, o contrato de comodato, de étimo latino (*commodatum*, particípio passado de *commodare*, a significar tomar de empréstimo, no exemplo de ULPIANO, lembrado pelos categorizados léxicos *latini et lusitani*), no início não teve o prestígio do direito situando-se na esfera que, hoje, chamamos de simples fato.

Segundo as fontes da literatura jurídica, até o fim do III século A.C. e meados do II, encontramos assíduas menções ao empréstimo de uso ou comodato, não como opulenta tipificação contratual, mas, com referência fundada na benevolência e na amizade.

Foi só mais tarde, em período histórico difícil, senão impossível de precisar, que um certo PACÔNIO, provavelmente pretor, a fim de resolver as exigências cobradas pela prática, falou de ação *in factum*, que permitisse ao comodante, assim armado, exigir a devolução da coisa comodada.

Obscuro, quando não fôsse opinativo, em que oportunidade e circunstâncias exatas, surgiu a ação *in factum* e que sua paternidade advenha mesmo de PACÔNIO, como se afigura a alguns e descreêm outros.

Ao depois, no crepúsculo da República, houve plena tutela jurisdicional com a introdução de uma fórmula *in ius*, tanto a favor do comodante (*actio directa*), para a restituição da coisa dada em cômodo, como a favor do comodatário (*actio contraria*) permitindo-lhe obter o ressarcimento de danos ou o reembolso de eventuais despesas extraordinárias.

A bem dizermos, tal é a estrutura grandiosa do magistério de CARRESI⁴, eliminadas as constantes e estabelecidas

4. FRANCO CARRESI, *Il comodato. Il mutuo, in Trattato di diritto civile italiano*, de Filippo Vassalli, vol. VIII, tomo II, fascículos 5 e 6, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 2.^a ed., 1954, n.ºs. 4-5, pp. 10/13.

as conexões, para dar corpo ao seu pensamento, quando estudou a origem histórica e a disciplina do comodato, no direito romano. Salientou, aí, a imprecisão do despontar desse marco e mostrou “in maniera non dubbia che non esisteva a quell’epoca una disciplina giuridica, sia pure rudimentale e indiretta, del comodato” Lembrou, ainda, que o comodato foi sendo modelado sob influências de relações sociais, de inafastável e marcante cabedal subjetivo, porque “fondato esclusivamente sulla benevolenza e sull’amicizia”, tardando em ser disciplinado como contrato, o que foi alcançado, não há negar, pelo menos, na época clássica, em que se revela manifesta a tendência de atingir aquela construção de juridicidade.

Passou CARRESI, em seguida, a aludir ao texto de PAULO⁵, raiz importante, que tem propiciado margem a interpretações discrepantes, de auto-regramento, com irradiação de efeitos, pois ficou atendida não só a manifestação de vontade, com a oferta feita, como a aceitação, se alguém ofertou. E depois de desenvolver sua crítica, acêrca do entendimento enganoso, atribuído à liberdade de acordar ou negar o favor solicitado (*sicut enim voluntatis et officie magis quam necessitatis est commodare*), bem assim o de fixar os têrmos e as lindes do próprio favor (*ita modum finemque praescribere*), a impedir retrocesso da obrigação assumida (*suscepta obligatio*), o credenciado professor da Universidade de Modena, em sua mencionada monografia

5. *Digesto*, 13, 6, 17, 3. O passo de PAULO, no título *commodati, vel contra*, que é passível de exegêse, ainda não tranqüila, edita, textualmente: “Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit id est, postquam commodavit, tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque: geritur enim negotium invicem: et ideo invice propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles.”

de quilate, procurou demonstrar que a verdade é bem diversa. Deduziu, com apreciável espírito de síntese, o que é mais recomendável reproduzir do que sumular ou mesmo tirar para o nosso vernáculo, evitando-se incidir em indesejável infidelidade ou acidental liberdade na tradução: “Paolo ha veramente fissato un principio di grande interesse che proietta la sua luce fino a noi, interpreti del diritto moderno: il principio secondo cui il *commodare*, cioè il consegnare efetivamente la cosa che ci si è impegnati a dare in prestito, é atto libero e comunque rimesso al senso del rispetto delle convenienze sociale, non atto dovuto, al quale il commodante non può giuridicamente sottrarsi. Il *vinculum iuris*, la juridica necessitas surge sì tanto per il comodante quanto per il comodatario, ma solo dopo che il primo ha effettuato la consegna della cosa al secondo (*postquam comodavit*)”⁶.

O nosso enciclopédico PONTES DE MIRANDA⁷, ao tratar do tema, ao menos dez anos depois de CARRESI (pelo que seja sabido e divulgado) deixa a impressão — na parte de seu monumental tratado, dedicada a êsse tema, em curso de publicação, com seus cinqüenta e seis tomos dados à estampa — de ser original tôda a pesquisa histórica apresentada, senão a diretriz imprimida, com base em certas fontes, presentes, todavia, em quem o precedeu no tempo e além mar.

Constitui *enuntiationem* do aludido jurista pátrio, a passagem incisiva e preambular, que cumpre trazer à colação, como melhor justificativa de nossa conjectura precedente, quiçá pelo desconhecimento de outro eventual trabalho seu, por maiores que tenham sido as buscas e rebuscas, a saber: “Até a metade do século II antes de Cristo, há referências ao empréstimo de uso ou comodato,

6. FRANCO CARRESI, *op. vol. cit.*, n.º 5, p. 12.

7. *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1964, tomo XLVI § 5000, pp. 131/136.

porém não à figura jurídica do contrato de comodato. O comodato não entrava no mundo jurídico. Permanecia fora, no mundo fático, oriundo de relações de amizade e benevolência. As ironias em provérbios e dizeres eram expressivas: “*Rem sis perdere, da comoda homini amico* (PLAUTO, *Asinaria*, II 4,39; cf. E. COSTA, *II diritto romano nelle commedie di Plauto*, 313 s.). Só mais tarde, para resolver o problema do estado fático que o comodato suscitava, PACÔNIO falou de ação *in factum* que havia de ter o comodante para exigir a restituição do bem comodado. O problema era delicado, pela tardança do sistema jurídico em juridicizar as relações criadas pelo empréstimo gratuito. Sobre isso, ULPIANO (L. 1, § 1, D. *commodati, vel contra*, 13, 6), cujo texto é cheio de confusões”. E mais adiante, em seguida à transcrição do texto de PAULO, igualmente, sobreleva os mesmos lastros, fazendo crítica e apontando aí os efeitos decorrentes⁸.

Dessa afirmativa maior de PONTES DE MIRANDA transfunde peremptoriedade magistral, em busca dos efeitos desejados, numa tessitura vernacular que se delineia e empolga pela eficácia e nobreza.

Ressaltemos, porém, que projetados os dois lances, primeiro o de CARRESI, em seguida o de PONTES DE MIRANDA, na forma porque o foram, com objetivos definidos, guardadas a ordem cronológica, conforme acreditamos, há concordância, quase integral nos esmerados estudos históricos de ambos e no apontamento da maioria das fontes de que se socorreram. Sem injustiça gravosa a um ou a

8. *Op. vol. cit.*, § 5000, pp. 131/133. Não atinamos porque PONTES DE MIRANDA, recorrendo às mesmas fontes registradas por CARRESI, o qual o precedeu, debruçado naqueles pressupostos, mercê do que atingiu conclusões irrefutáveis, na igual linha de princípios, tenha silenciado sobre a captação de seu aludido predecessor. Será isso, de nossa parte, débil ou desinquieta preocupação, mais de cunho interrogativo e que, por isto mesmo, foi expandida, não carecendo dar-lhe largas.

outro, mas para que não sejamos acoimados de superficiais ou aligeirados no confronto, não podemos nos esquivar de reconhecer, no discrimine da ressalva aduzida, que CARRESI precedeu a PONTES DE MIRANDA na problemática histórica.

4. No sulco da tradição romana e medieval a nossa lei civil⁹, que não discrepa da legislação positiva comparada, a partir do código Napoleão (arts. 1.875 e 1.876), na inscrição de CLÓVIS BEVILAQUA, conceituou o comodato¹⁰, transparecendo daí os seus principais caracteres.

Da conceituação legal¹¹, que não prima pela justeza e pelo alcance de antigo conselho das fontes romanas, à fôrça de constante reprodução, já passou à categoria de

9. Estatuí o art. 1248 do c.c.: “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”

10. *Op. vol. cit.*, p. 448. Sem variantes teóricas, GLÜCK, traz boa contribuição, pois, além de frizar — quando define, tratar-se de outro contrato real — que se ocupou dêle o pretor, no seu édito, sob a rubrica de *rebus creditis*, dá ênfase à variedade de sentidos da palavra *commodatum*. E quando distingue, recenseando, em nota, reputados autores, que abonam o igual pensamento, ao ajuntar: a palavra *commodatum* tem vários significados. Não se emprega sòmente para o contrato definido no texto, mas, também, à própria coisa emprestada: “*commodatum accipere, reddere, restituere*”; fr. 3, § 3. 5 pr. e § 73 Dig. (XII, 6) lex ult. Cod. h. t. Algumas vêzes se usa para indicar, ainda, a ação de que dispõe o titular do contrato: “*commodati agere, commodati teneri*”. LAUDERBACH, *Kolleg. theor pract. Pand. h. t.* § 2. (FEDERICO GLÜCK, *Commentario alle pandette*, traduzido e anotado por Filippo Serafini, 1906, Milão, Società Editrice Libreria, livro XIII, § 853, p. 207 e nota 86).

11. Vide nota 9. Além da definição de ULPIANO, remontando-se ao direito romano, já lembrada na nota 5 (*Digesto*, 13, 6, 1 pr., *commodat, vel contra*), bem divulgada é a do imperador bizantino (527 a 565, depois da era cristã), extraída do correspondente fragmento das instituições justinianéias: aquêle que recebe uma coisa em comodato, ou seja, para se servir dela, fica obrigado pela devolução e responde pela ação de comodato (JUSTINIANO, *Institutas*, III, XIV, 2).

adágio jurídico¹², colhem-se os elementos básicos dessa espécie de empréstimo (prêt a usage): relação contratual; gratuidade do empréstimo; infungibilidade da coisa objetivada pelo contrato; temporariedade.

Em exata observação ao preceito (c.c., art. 1.248), antes reproduzido, CLÓVIS BEVILAQUA — piloto constante de autores nacionais, assim como POTHIER o foi para elaboração do código NAPOLEÃO — na seqüência da definição de comodato, com primorosa síntese, precisa serem “requisitos” essenciais para sua caracterização a gratuidade, a tradição, a infungibilidade, a temporariedade e a restrição, entrando a explicar¹³.

12. Constitui nosso entendimento, pelo menos condensado há quase uma década (Da cláusula *rebus sic stantibus*, 1959, São Paulo, Edição Saraiva, p. 11/12 e nota 6) e reafirmado mais recentemente, com alguns subsídios (*Substituição fideicomissária*, 1967, São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A., n.º 33, pp. 193/194), porém, sempre tendo presente uma das epístolas de JAVOLENO (*Digesto*, 50, 17, 202), que a lei ou corpo de leis civis (*in iure civile*) na medida factível, deve evitar definições. A definição, denominada doutrinária, porque escapa da esfera do legislador ministrá-la, torna-se inconveniente pela sua natureza rígida e intangível, ao passo que se engrandece quando a tarefa fica cometida ao doutrinador, sensível à flexibilidade circunstancial.

13. Estas as suas palavras, sem discrepar uma coma: “*Commodato* é o contrato gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem alguma coisa infungível, para que dela se utilize, gratuitamente, e a restitua, depois: São requisitos do comodato: 1.º A gratuidade. A cessão onerosa do uso é locação. 2.º A tradição da coisa, que tem de ser utilizada. O comodato é contrato real, e o comodatário adquire a posse da coisa emprestada. A promessa de emprestar, o *pacto de commodando* não constitui comodato. 3.º A infungibilidade da coisa emprestada. Quer isto dizer que, no comodato, a coisa é considerada em espécie, individualmente, e não em gênero. *No comodato pompæ vel ostentationis causa*, a coisa consumível recebe o caráter de infungível; é tomada como corpo certo, na sua identidade; e deve ser restituída a mesma. 4.º A temporariedade. Veja-se o art. 1250. 5.º A restituição da coisa emprestada, por isso que não há transferência da propriedade e, sim, do uso sômente” (*Op. vol. cit.*, pp. 448/449).

Coordenou GLUCK¹⁴, em erudita lição, os denominados requisitos do comodato, tecendo-lhes comentários, na ordem em que os apresenta, aplicáveis às nossas normas, cuja essência, mais em grau de elenco, pelo escopo, cinge-se ao seguinte:

a) é um contrato real e por isso não se aperfeiçoa senão com a tradição da *coisa*;

b) tem por objeto, inclusive no direito canônico, apenas uma *coisa*, embora alguns juristas queiram conceber *commodatum personarum*, em atenção à prestação de serviço; mas tanto o direito romano como o direito canônico não admitiam senão comodato de *coisa*, ressalvada, para aquêle, a situação do escravo, como tal considerado;

c) a *coisa* é entregue ao comodatário apenas para seu uso, ficando êle simples detentor, dado que não há transmissão de posse e muito menos de domínio, sendo indifferente, aí, que a *coisa* dada em cômodo pertença ou não ao comodante, com reserva, está implícito, dos direitos do proprietário;

d) a entrega da *coisa* deve ser para um uso determinado, o qual pode dizer respeito ao modo da serventia, ao escopo e ao tempo;

e) a concessão pelo uso da *coisa*, deve ser gratuita, ou em outros termos, sem que seja avençado pagamento, elemento é êsse que o distingue de outros negócios jurídicos;

f) a obrigação de restituir *in natura* a *coisa* emprestada, é outro predicado que, tanto assegura a propriedade do comodante, o qual a reserva para si, quanto a diferencia do mútuo, pois, de través dêle, a *coisa* fungível é transferida por alguém, a outrem, que se obriga a lhe pagar,

14. *Op. vol. cits.*, § 853, pp. 209/212.

em tempo hábil, *coisa* de igual gênero, qualidade e quantidade.

Semelhante substância do pensamento de GLUCK — que em prosseguimento desenvolve os aspectos da relação contratual, das imputações cabíveis, do cunho de gratuidade, do objeto, das obrigações do comodatário, do comodante, e em epílogo das ações adequadas, dedicando-lhes seis parágrafos¹⁵ — pôsto sob os olhos, tem a finalidade de assentar o segundo dos aspectos, com seus matizes, de início registrado, que dão infra-estrutura à dedução que se aproxima.

Dentre os mencionados pontos cardeais, agrupados na definição legal pátria, trasladada em nota¹⁶, o que ainda torna simples deduzir qual seja sua natureza jurídica, a gratuidade assume magnitude, respeitados os limites que nos traçamos para a proposição.

5. Do plano das generalizações, visualizados os elementos idôneos — entendendo-se como tais, no sentido geral, sem adentrarmos influência cartesiana, aquêles que integram o todo, uma das partes que formam qualquer composto, do latim *elementum*, vocábulo mais usado no plural, *elementa*, que nos proporcionam noção exatificada do instituto apreciado — na maneira como o foram, realçamos a gratuidade.

A concessão graciosa, — com o efeito que não pode ser alargado — pelo só fato de sê-la, constitui base textual do

15. *Op. vol. cit.*, §§ 854/860, pp. 212/245. Do passado ao presente, transformando-se o comodato após algumas incertezas terem adquirido precisão, orientaram-se mais seguramente os juristas da atualidade, sendo proveitoso observar que êles apresentam os principais caracteres, transparecendo da definição, como o faz WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, na linha dos mais atuais, quando enuncia, para depois circunstanciar, que se trata de um contrato, unilateral, a título gratuito, real, de coisa infungível, temporário, e com a obrigação de restituir (*Curso de direito civil. Direito das obrigações*, 5.^a ed., 1967, São Paulo, Edição Saraiva, pp. 216/220).

16. Vide nota 9.

tema, a merecer ligeira incursão que revele o critério sedimentado no direito anterior para, com essa segura construção, repercutir no presente e adquirir grandeza, entre nós, no entendimento do código civil brasileiro.

Em investigação, mesmo que menos profunda, como vimos, pelo caráter gratuito do comodato (*gratuitem debet esse commodatum*) é fácil verificar que, desde a origem romana do instituto, a sanção imposta ao comodatário moroso *jamais foi encarada como aluguel*.

Embora semelhante afirmação pudesse bastar, pela reavivação anterior das estruturas, fazendo repercutir a tradição do direito pátrio, com raízes no direito português, fiquem feitos êsses principais registros, ainda que em rápido bosquejo.

Frizado ficou que a gratuidade, pelo uso em si, daquele que recebe uma coisa em comodato (*gratuitum enim debet esse commodatum*) encerra o caráter sôbre o qual insiste JUSTINIANO¹⁷. E GLUCK relembra, para insistir que ULPIANO o confirma, advertindo aquêle, em primeiro lugar, que se fôsse ajustado um pagamento, pelo uso da coisa em si (o que se não deve confundir com a multa ou pena pela mora ou inadimplemento da obrigação, distingamos, hipótese muito encontradiça nos casos de empréstimo de vasilhame) para, em segunda ordem de idéias, assinalar que, se findo o uso, houver qualquer recompensa (um *honorarium*, assim dito), “non viene perciò a mutarsi la sostanza del commodato e neppure qualora una simile prestazione fosse stata promessa”¹⁸.

Mostra CUNHA GONÇALVES, em breve mas suficiente invocação histórica, que “o comodato é um dos contratos mais antigos da humanidade, talvez anterior à troca, que, durante muitos séculos, precedeu à compra e venda. No antigo direito romano, o comodato era celebrado com a

17. Vide nota 11.

18. *Op. vol. cit.*, § 856, p. 225.

solenidade da *mancipatio* ou da *in jure cessio*. Mais tarde simplificou-se êsse formalismo, exigindo-se só a tradição para a validade do contrato, como sucedia no direito germânico, mantido na *Lei sálica* (liv. LII) e no *Fuero Juzgo* e outras compilações do direito visigótico.

A designação dêste contrato deve ser proveniente do latim *commodum datum*. E, assim, a *Orden Filip.*, liv. IV, tit. LIII, explica: “é chamado comodato porque se dá para cômodo e proveito sòmente do que recebe a cousa”¹⁹.

De fato, as *Ordenações Filipinas*, sob a epigrafe “do contrato de emprestido, que se chama comodato”, naquella linguagem assás pitoresca, preceituavam: “O comodato he huma concessão graciosa, que se faz de alguma cousa para certo uso. E diz-se graciosa, porque se se fizesse por dinheiro, seria aluguer, ou arrendamento. E se fosse por outra cousa, que não fosse dinheiro, ou para uso não certo, seria outra especie de contracto. E por tanto he chamado comodato, porque se dá para commodo e proveito sómente do que recebe a cousa. E este uso bastará que seja tacito, e não expresso, assi como, se alguem emprestasse hum livro, para o que o pede o traslador, entender-se-ha, que lho empresta pelo tempo, em que razoadamente o possa fazer”²⁰.

Aclara CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, em suas glosas, que o vocábulo “*emprestido*”, aí empregado, corresponde a “commodato” — o que fica confirmado pela remissão à nota da rubrica “do emprestido, que se chama mutuo”²¹ (*Ordenações Filipinas*, livro IV, título L) — para porfiar, logo adiante, como convinha: “*Commodato* he um con-

19. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, 1934, Coimbra, Coimbra Editôra Ltda., vol. VIII, n.º 1146, p. 245.

20. *Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 1833, 12.ª edição, segundo a de Coimbra de 1824, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, livro IV, título LIII.

21. *Cits. Ordenações Filipinas*, livro IV, título L.

trato gratuito como o *Mutuo*, pois desde que há onus ou retribuição chama-se locação (*Ord. dêste liv. t. 23 e 24*).

He mais uma concessão graciosa do que contracto"²².

As mesmas *Ordenações Filipinas*, sobrelevando o caráter da pena na qual incide o inadimplente, em título subseqüente e cuja epígrafe é de todo significativa, previu, *num tratamento conjunto para as hipóteses de não devolução do objeto do empréstimo, locação ou arrendamento*, as conseqüências seguintes: "Se algum homem recebe de outro alguma cousa, que tinha, como senhor della, *emprestada, alugada, ou arrendada a tempo certo*, ou em quanto aprouvesse ao senhor della, e depois, sendo requerido per elle, passado o tempo, recusar de lha entregar, mettendo o feito em Juizo, até ser condenado per sentença diffinitiva, que passe em cousa julgada, não somente *entregará a cousa ao senhor della, mas além disso lhe pagará a verdadeira estimação da cousa*, pola contumacia, que commetto, e em que perseverou em lhe não querer entregar, até ser condenado per sentença; a qual Pena lhe poderá ser demandada em todo o tempo, assi antes da sentença, como depois della. Porém, se o demandado, antes de sperar sentença, entregar a cousa com effeito, não será condenado na dita Pena"²³.

22. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14.^a ed., 1870, Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Filomático, p. 846, 2.^a coluna, nota 3.

23. *Cits. Ordenações Filipinas*, livro IV, título LIV. Deixa de ser feita a filiação ao *c.c.* português de 1867, que seria a natural seqüência — o qual repeliu a rigidez do direito anterior, responsabilizando, entretanto, o comodatário, que ficar constituído em mora, "por perdas e danos" (art. 1518) — porque o objetivo do item sumulado foi o de averiguar as bases influentes e anteriores, que vigoraram no direito pátrio. Isto não exclui que, evitando-se desatualização da referência, seja apontado que o *c.c.* português de 1967, apezar de ter circunstanciado as obrigações do comodatário, ampliando-as (art. 1135), bem como do desenvolvimento dado ao instituto, silenciou acêrca dêsse relevante aspecto.

Tem-se, pois, que no direito anterior ao codificado, que vigorou no Brasil, com o pêso de sua tradição, a sanção para o trespdobramento configurado (comodato, aluguel ou arrendamento) do empréstimo de coisa não devolvida, era uma PENA, consistente no pagamento, em pecúnia, de valor idêntico ao da “verdadeira estimação da coisa”.

Mencionada regra, embora com a sua rigidez suavizada e em desuso, no reparo de TEIXEIRA DE FREITAS, foi por êle acolhida em sua consolidação, na parte especial, livro I, secção II, título II, capítulo IV, com a inscrição “do empréstimo”²⁴.

Mas já nos meados do século XIX, conquanto sob outra roupagem, qual a de “aluguel que o locador arbitrar” — o que, na prática, redundava no mesmo — a *penalidade* dos filipistas resurge no direito pátrio, precisamente na locação mercantil²⁵.

Destarte, posteriormente à publicação do código comercial, portanto depois de 1850, o princípio do arbitramento passou a ser aplicado ao comodato, no direito civil, não sob a forma de aluguel, mas, sim como penalidade. É o que resulta da consolidação de CARLOS DE CARVALHO, cujo art. 1.165 está redigido assim: “Sendo o comodatário contumaz na restituição da coisa em devido tempo e

24. *Consolidação das Leis Civis*, 3.^a ed., 1896, Rio de Janeiro, H. Garnier. O seu art. 506, como ficou codificado e abre espaço ao encadeamento argumentício, reza: “Sendo o comodatário contumaz na restituição da coisa em devido tempo, e persistindo até a sentença, será condenado a restituí-la, e a pagar outro tanto de seu valor”.

25. O preceito reitor do código comercial, inserido no título “da locação mercantil”, na linguagem do art. 230, ordena: “O locatário é obrigado a entregar ao locador a coisa alugada, findo o tempo da locação; se recusar a fazer a entrega, sendo requerido, pagará ao locador o *aluguel que êste arbitrar por tôda a demora*, e responderá por qualquer danificação que a coisa alugada sofrer, ainda mesmo que proceda de fôrça maior ou caso fortuito”

persistindo até a sentença, será condenado a restituí-la e a pagar o que o comodante arbitrar por tôda a demora”²⁶

Assinala o autor dessa nova consolidação — “publicada em terra estranha e inspirada na lição e exemplo dos mestres”, como êle o diz, com sobriedade, na apresentação, datada de Bruxelas, pouco antes da proclamação da República — em nota, que o princípio é o das Ordenações Filipinas, no passo citado, e que o argumento lhe foi sugerido pelo código comercial²⁷

6. Verificados, pela forma permitida, os sustentáculos anteriores, que se ostentam bem sólidos e são vistos de longe, providos de validade, é oportuno, na área do direito, averiguarmos a dimensão do preceito civil pátrio objetivada como epílogo.

Afastada qualquer discussão se o direito civil pré-codificado, no tocante a uma das conseqüências da mora do comodatário, fôsse ou não *idêntico* ao da regra vigente (c.c., art. 1.252), é certo que no projeto BEVILAQUA (art. 1.407), como o seu próprio elaborador²⁸ o exalta, fazendo a observação, em resposta à pergunta que se formulou, que o aluguel, aí aludido, coaduna-se com o arbitramento, o que conduz à idéia de perdas e danos, o vocábulo aluguel, aí presente, só poderia ter sido empregado pelo autor do projeto, convertido em lei, com êsse sentido explicitado.

A distinção assume importância, pois, o emprêgo dessa palavra “aluguel” ensejou dúvidas entre os comentadores acêrca de se saber se a natureza jurídica do comodato se modifica ou não em virtude da mora do comodatário. Ou melhor: se a circunstância do direito de cobrar aluguel

26. *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*, 1899, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, art. 1165.

27. *Op. cit.*, nota ao mesmo art. 1165.

28. CLOVIS BEVILAQUA, *op. vol. cits.*, p. 452.

transformará o comodato em locação. Conquanto seja inegável que alguns poucos²⁹, assim afirmem, sem demonstração, é verdade que outros, melhor fundados, no nosso sentir, entendem de modo diverso. Para êsses o contrato de comodato não se transforma em locação pelo fato do comodatário moroso ficar obrigado a satisfazer o aluguel que o comodante arbitrar.

Em forma expressiva, J. M. DE CARVALHO SANTOS, que de início pode parecer vacilante, pelo argumento condicional estabelecido, ao fim foi decisivo, acentuando: “Em verdade, a estipulação de aluguel a ser pago pelo comodatário que está em mora não transforma, nem pode transformar o contrato originário”³⁰.

Replicando a EDUARDO ESPINOLA, também lembrado pelos que se situam em campo oposto ao mesmo, CANDIDO DE OLIVEIRA NETO, após ligeiro retrospecto às fontes, teve o ensejo de escrever: “*Data venia*, pensamos, ao contrário, que a estipulação do aluguel a ser pago pelo comodatário que está em mora não muda a natureza do contrato originário. Êste não se transforma pela violação de suas cláusulas, em outro contrato, qual a locação.

29. JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil Anotado*, 2.^a ed., 4.^a tiragem, 1935, São Paulo, Saraiva & Cia., vol. II, p. 317; EDUARDO ESPINOLA, *Código do processo do Estado da Bahia anotado*, 1916, Bahia, Tipografia Bahiana de Cincinato Melchiades, vol. II, p. 21, nota 6 ao art. 320, inciso 5; ORLANDO GOMES, *Contratos*, 1959, Rio, Companhia Editôra Forense, n.º 234, p. 354. Êsse último, à guiza de justificar a desfiguração do contrato, não vai além, do quanto possa ser aproveitado como lastro, de dizer que se “trata de singularidade do nosso Código”. Mas, integrando a comissão revisora do projeto de código das obrigações, divulgado oficialmente em 1965, acolheu a qualificação de *pena*, pela retenção indevida (art. 546, parágrafo único), sentido mais adequado e apto para repelir incertezas, o que é reprodução do anteprojeto dêsse código, de 1964 (art. 566, parágrafo único), não sendo sabido que o haja feito com eventual restrição.

30. *Código civil brasileiro interpretado*, ed. s/data, Rio de Janeiro, Calvino Filho Editor, vol. XVII, p. 419.

O aluguer, arbitrado pelo comodante, visa principalmente coagir o comodatário a não persistir no esbulho. É verdadeira medida compulsória”³¹

Na mesma linha de entendimento, forma WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, em precisa exegêse — sempre atento ao apoio jurisprudencial, que não faltou aqui — quando estuda as obrigações do comodatário e como há de ser considerada sua responsabilidade “em conformidade com o art. 1.196 do Código”, aduz sem tardança: “tenha-se presente, porém, que êsse dispositivo não transforma o comodatário em inquilino; o aluguel é apenas a maneira pela qual se indeniza o comodante dos prejuízos resultantes da mora, entre os quais se inclui também verba de honorários de advogado”³².

De forma que, tanto pela tradição do direito pátrio como pela natureza do instituto do comodato, que se caracteriza pela gratuidade (*gratuitum debet esse commodatum*), comporta ateimar, distinguindo-se o aluguel da pena, consoante é nítida e normalmente assinalado, não é possível entender-se o dispositivo civil questionado (*c.c.*, art. 1.252) da maneira diversa do que a do conteúdo de uma penalidade.

O “aluguer” a que se refere aquêle preceito (*c.c.*, art. 1.252) é, em suma, uma *pena*, verdadeira *sanção* aplicada ao inadimplente, um meio coercitivo de compelir o comodatário faltoso a restituir a coisa emprestada. Nunca e nunca a retribuição pela cessão e uso da coisa, tal como ocorre na locação (*c.c.*, art. 1.188), porque importaria, isto sim, em desnaturar o comodato, negar-lhe a essencialidade de *gratuitum* e abrir porta aos abusos de tôda sorte.

31. *Prática civil. Direito das obrigações*, 1939, Rio de Janeiro, Livraria Editôra dr. Candido de Oliveira Filho, vol. IV, pp. 317/318.

32. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*, 5.^a ed., 1967, São Paulo, Edição Saraiva, vol. V, 2.^a parte, p. 223.

7 Pontofinalizando esse bosquejo de estudo, na advertência inicial, sem desmerecer a importância de outras deduções que o instituto sugere, podemos realçar, em conclusão da aresta contemplada, que o comodatário não pode, nem deve ser equiparado ao locatário, quando constituído em mora. O vocábulo “aluguer”, empregado no mandamento legal já considerado, não tem o sentido de retribuição pela permissão do uso e gozo de uma *coisa*, à semelhança do que acontece com o contrato de locação. Tal palavra está a significar, aí, uma pena imposta ao comodatário ou em outros termos, para “apenar” o que descumpriu o seu dever de proceder a devolução. E sua aplicação, também, não pode ter o condão de transformar o comodato em locação, como decorrência da mora.

347.633

O Antigo e o Nôvo Estatuto da Adoção*.

R. Limongi França

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

I. DO CONCEITO DE ADOÇÃO. — 1. A lição dos mestres. 2. Nossa proposta de conceito de adoção. II. HISTÓRICO E DIREITO COMPARADO. — 1. Breve indicação histórica. 2. Direito Comparado. 3. O Direito Positivo Anterior. A) O sistema anterior ao Código. B) O sistema do Código. III. O DIREITO POSITIVO ATUAL. — 1. A Lei 3.133 de 1957. 2. Sujeito Ativo da Adoção. 3. Sujeito Passivo. 4. Requisitos. 5. Efeitos. 6. Extinção. IV. CONCLUSÃO SÔBRE O VERDADEIRO CARÁTER DA NOVA ADOÇÃO.

I. Do conceito de adoção.

1 *A lição dos mestres.* Adoção vem do latim, *adoptio onis* (V. SANTOS SARAIVA, *Novíssimo Dicionário Latino-Português*, WALDEMAR CESAR DA SILVEIRA, *Dicionário de Direito Romano*, v. I, S. Paulo, 1957). Em italiano deu *adozione*; em espanhol, *adopción*; em francês, *adoption*; em inglês, *adoption*, com acento no primeiro “o”; em alemão, *adoption*, com “A” maiúsculo e pronunciando-se o “t” como tal. Na mesma língua germânica, diz-se também *Einkindung* (V ANTONIO CHAVES, *Adoção e Legitimação adotiva*, p. 15, S. Paulo, 1965).

* Dedicamos êste estudo ao Prof. ANTONIO CHAVES, pioneiro nos avanços científicos, entre nós, do estudo da matéria.

O sentido do vocábulo, nesses diversos idiomas, quando não idêntico, é análogo e quase coincidente.

BEVILAQUA, no *Código Civil Comentado*, v. II, p. 346, 7.^a ed., 1945, ensina que a adoção “é o ato civil, pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”

Embora inexato, porque o adotado pode não ser um estranho, este conceito tem sido repetido por alguns civilistas, inclusive por ITABAIANA DE OLIVEIRA, no *Tratado de Direito das Sucessões*, v. I, p. 192 e segs., 202 e segs., 4.^a ed., 1952.

CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*), seguindo a DEMOLOMBE aproxima-se mais da verdade, considerando-a o “ato jurídico que estabelece entre duas pessoas relações civis de paternidade e de filiação”

De quantos examinamos, o conceito mais completo é o do eminente especialista da matéria, o Prof. ANTONIO CHAVES, que assim o articula: “Adoção é o ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos fixados em lei, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítima, de efeitos limitados, e sem total desligamento do adotando, de sua família de sangue” (*Adoção e Legitimação Adotiva*, p. 17, S. Paulo, 1965).

2. *Nossa proposta de conceito de adoção.* De nossa parte, atendendo às transformações pelas quais passou o instituto, à face da realidade dos problemas sociais do menor, pensamos que, mesmo em se tratando de um conceito, cujo conteúdo por natureza deve ser sintético, essa nova faceta da adoção não pode ser olvidada.

Isso, aliás, não escapou a CLOVIS embora tenha escrito no regime anterior ao da Lei 3.133: “o que é preciso salientar é a ação benéfica e social e individualmente falando, que a adoção pode exercer na sua fase atual (1916-1944, data do falecimento do mestre) . Chamando, para o aconchego da família e para as doçuras do bem

estar, filhos privados de arrimo ou de meios idôneos” Com isso, a família adotiva “aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder” (Cod. Com. II, 346).

Dai o seguinte conceito de adoção, que propomos: *é um instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento, entre duas pessoas — o adotante e o protegido adotado — de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação.*

II. Histórico e Direito Comparado.

1. *Breve indicação histórica.* A adoção é um instituto antiquíssimo, pois no Código de Hamurabi, que antecede de um milênio e meio a Lei das XII táboas, já se encontra um número surpreendente de dispositivos a respeito da matéria. (Arts. 185-193, V. ed. PIETRO BONFANTE, *Le Leggi di Hammurabi, Re di Babilonia*, Milão, 1903; cf. HERSILIO DE SOUZA, *O Código de Hamurabi* in “Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife”, p. 287 e segs., 1923).

Com efeito, aí está disposto, como princípio, no art. 183 que — “Si alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, êste adotado não poderá mais ser reclamado” Além disso, muitas disposições se encontram, a revelar considerável amadurecimento jurídico, a respeito da rescisão da adoção (arts. 186, 189, 190, etc.), das obrigações recíprocas entre adotante e adotado (arts. 189, 191, 192, 193), bem assim do caso particular da adoção do exposto (arts. 187, 193).

Em Roma apresentou grande desenvolvimento, tendo influído mesmo na sua própria vida política, através de adoções de chefes militares e líderes políticos.

Em MODESTINO (D. 1, VII, pr.) encontramos a lição de que os filhos não se fazem apenas pela natureza, senão

também pela adoção — *filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.*

A adoção, no Direito Justinianeu, é nome geral, *nomen est quidem generale*, e se divide em duas espécies: a adoção, *stricto sensu*, e a adrogação. A adoção se refere aos filhos-familias, aquêles que se encontram sob o poder do chefe *da gens*. A adrogação diz respeito aos que são *sui juris* (*loc. cit.*).

Nas *Institutas*, que dedicam todo um título à matéria (I, XI), se deparam preceitos e observações de particular sabedoria, como p. ex., a de que o mais moço não pode adotar o mais velho, pois, uma vez que a adoção imita a natureza, seria monstruoso que o filho tivesse mais idade que o pai — *pro monstro est, ut maior sit filius quam pater.*

2. *Direito Comparado.* Quanto ao Mundo Jurídico Moderno, pode dizer-se que a adoção é um instituto de direito das gentes, pois, salvo raríssimas exceções, se vê nos quatro cantos do orbe.

Na Europa Latina, encontra-se no Código de Napoleão, art. 343 e segs., no Código Italiano de 1865, art. 202 e segs., etc.. Na Europa Germânica, acha-se no Código Austriaco, de 1811, art. 179 e segs. e Lei de 25 de outubro de 1941; no Código Alemão, art. 1 741 e segs.

Na América Latina, citamos como exemplo o Código Peruano, arts. 326-347.

No próprio Oriente, a adoção se depara no Código Civil Chinês, de 1931, art. 1.072 e segs., bem assim no Código Japonês, onde apresenta minucioso desenvolvimento: arts. 836 a 876, portanto, mais de quarenta dispositivos.

A Rússia Soviética também não a desconheceu, consagrando-a em seu Código da Família, arts. 57 a 67.

Três exceções importantes devem ser assinaladas.

A do Código Holandês (v. edição de P. H. HAANEBRINK, Bruxelas-Paris, 1921), a do Argentino e a do Português, de 1867.

Quanto ao Sistema Neerlandês, não encontramos elementos para falar do seu estágio atual.

No referente ao Argentino, porém, a lacuna foi corrigida, graças a dois projetos, um de CASTILLO, de 1933, e outro do Presidente ORTIZ, de 1938, os quais, com as modificações de costume e, particularmente, “siguiendo mas cerca al Código de Brasil, arts. 368-378” (V JOSÉ ARIAS, *Derecho de Família*, p. 345, Buenos Aires, 1952) se transformaram em lei, promulgada em 23 de setembro de 1948.

No que tange ao Direito Luso, o seu novo e bellissimo Código, de 1.º de junho de 1967, consagra o instituto, nos artigos 1.973 a 2.002, bipartindo-o em adoção *plena* e adoção *restrita*.

3. *O Direito Positivo Anterior.* A) *O sistema anterior ao Código.* Como não poderia deixar de ser, quando menos em razão do papel supletivo do Direito Romano e do Canônico, o nosso Direito Anterior não desconhecia a adoção.

Não há, porém, nas Ordenações de D. Felipe (1603-1917) um capítulo ou título dedicado à matéria, senão referências fragmentárias, como a do L. III, tit. 9, § 2.º, de que “nem poderá ser citado o pai adoptivo pelo adoptado enquanto durar entre êles a afinidade” No mesmo livro outras alusões se deparam no título 59, § 111 e no título 85, § 2.º O mesmo se dá com o Livro II, tit. 35, § 12 e tit. 56, pr.. Longe, porém, de se pensar em um sistema em relação ao assunto.

Proclamada a Independência, o art. 2.º da Lei de 22 de setembro de 1828 tocou no tema.

Mas na própria Consolidação TEIXEIRA DE FREITAS, o que encontramos de relevante é o art. 217, onde se diz que — “aos Juizes de primeira instância compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrílegos, adulterinos e incestuosos, e *confirmar as adoções.*”

A matéria ressurgiu, posteriormente, no estatuto do casamento civil, Dec. 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 7.º, § 1.º, e, em 1899, CARLOS DE CARVALHO encontrou já elementos suficientes para, em a “Nova Consolidação”, discipliná-la nos arts. 1.635 a 1.640.

Trata-se, porém, de instituto muito discutido, olhado de soslaio pelos patriarcas e coronéis de uma estrutura paradoxal e decadente.

Na Argentina, SANSFIELD, ao suprimi-lo, “negava que, em seu tempo, estivesse nos costumes e que trouxesse algum bem social” (JOSÉ ARIAS, *Op. cit.*, p. 344).

Entre nós, como em Portugal, o que se temia é que, através da adoção, adulterinos e outros espúrios se introduzissem na conspícua família legítima. CLÓVIS, porém, que sentiu o problema na própria carne (V. a sua biografia, *Clóvis Bevilacqua*, de autoria do Dr. RAIMUNDO DE MENEZES), não trepidou, em afirmar, com a sua franciscana serenidade: “Se somente para êsse fim servisse a adoção, já seria de alta valia o seu préstimo” (*Cod. Com.*, II, p. 346, 7.ª ed., 1945).

Assim, em 1916, o Código, cujo projeto foi de sua autoria, regulou a matéria nos arts. 368 a 378.

B) *O Sistema do Código.* Para não haver dúvidas, alinharemos nossas breves considerações sobre o sistema do Código, baseado no *texto oficial*, de 1919, “Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, com as correções ordenadas pela Lei n.º 3.725, de 15 de janeiro de 1919”

Não levaremos a efeito — nem é este o lugar azado — uma análise vertical de todos os seus dispositivos.

Limitar-nos-emos, e de maneira suscinta, a considerar três dos seus artigos: o 368, o 369 e o 377

O primeiro reza que “Só os maiores de cinquenta anos, sem prole legítima ou legitimada, podem adotar” Conforme o preceito seguinte, “o adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado”.

E, finalmente, o art. 377, princípio, dispõe que os efeitos da adoção se produzem “ainda que sobrevenham filhos ao adotante”.

Bastam êstes textos para mostrar que o regime do Código é de caráter rígido e fechado, de modo a estabelecer mesmo verdadeiros entraves para a adoção, de onde a reduzida constância da sua prática.

Primeiro, a limitação apenas às pessoas casadas, quando a solidão de pessoas solteiras pode perfeitamente ir ao encontro das necessidades de menores desamparados, numa comunicação recíproca dos melhores afetos, em benefício espiritual e material, tanto do adotante como do adotado.

Segundo, a concessão da *legitimatío* para adotar só aos maiores de cinqüenta anos, limite excessivamente restrito, que prejudica o número de adoções.

Terceiro, a inexistência de prole legítima ou legitimada, fruto da ignorância do tempo, a respeito do salutar ambiente das famílias numerosas.

Quarto, a desnecessária diferença de dezoito anos entre o adotante e o adotado.

E quinto — o grande espantallo — *o direito sucessório* — oriundo do art. 377, ainda que sobreviessem filhos ao adotante.

III. O Direito Positivo Atual.

1. *A Lei 3.133, de 1957.* Apesar de todos os seus defeitos — alguns imperdoáveis — a Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, trouxe uma série de modificações ao regime do Código, de forma a fazer da adoção um instituto, não só exequível dentro de uma perspectiva normal de vida, como ainda destinado a atender, com a largueza de vistas que o informou, a problemas da mais alta relevância social, especialmente o da *proteção à pessoa do menor*.

Por fôrça de suas disposições, foram modificados os artigos 368, 369, 374 e 377 do Código.

Além disso, conforme o seu art. 2.º, acrescentou-se ao sistema um elemento importante, a saber, um preceito relativo ao *direito ao nome* do adotado.

2. *Sujeito Ativo da Adoção.* Conforme o estatuto do Código, como foi visto, só podiam adotar as pessoas casadas, de mais de cinqüenta anos, e sem prole legítima ou legitimada.

A Lei 3.133 realmente alargou as possibilidades da adoção, atribuindo a capacidade (*legitimatío*) para adotar aos maiores de trinta anos.

Por outro lado, introduziu no art. 368 o seguinte parágrafo único: “Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento”.

A *contrário*, conclui-se, para logo, que *não sendo a pessoa casada*, êsse requisito não tem razão de ser.

Mas o efetivamente importante não é tanto a dispensa dêsse requisito, senão a atribuição, *também às pessoas solteiras, viúvas ou desquitadas*, da capacidade de serem sujeito ativo da adoção.

O novo estatuto mantém a disposição do art. 371, referente ao *tutor* e ao *curador*.

Não há razão natural para impedi-los de serem adotantes. Mas é necessário e justo que a lei acautele os interêsses de menores e interditos, exigindo, para êsse fim, que, prèviamente, tutor e curador prestem contas de sua administração e saldem o seu afcance.

O adotante, pelo novo estatuto, ao invés de dezoito, há de ser *dezesseis* anos mais velho que o adotado (art. 369), o que se prova facilmente pelas respectivas certidões de idade. Quando as não haja, podem ser feitas por justificação judicial, admitindo-se as provas de direito, sob o alto critério do Magistrado, ouvido sempre o Ministério Público.

3. *Sujeito Passivo da Adoção.* CLÓVIS, em seu conceito de adoção, refere o sujeito passivo como sendo uma *pessoa estranha*.

O defeito é da definição e não do pensamento do mestre, que a estende também a pessoas não estranhas, inclusive filhos ilegítimos (*Op. et loc. cit.*).

Essa orientação já vem do Direito Romano. Nas Institutas, I, XI, 7, encontramos referência expressa ao *filho natural*; e, no mesmo lugar, § 9 está dito assim: *si quis . . . NOM EXTRANEUM adoptaverit, potest eundem alii in adoptionem dare*.

No mesmo sentido, o ensinamento do Prof. ANTONIO CHAVES (*Op. cit.*, p. 16-18).

Quanto a outros aspectos do sujeito passivo da adoção, a lei é inespecífica. Entretanto, são dedutíveis, a contrário, dos arts. 369, 371 e 373.

Assim, no que lhe concerne, quanto à idade, há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais novo que o adotante.

Por outro lado, nada impede que seja: capaz ou incapaz; maior ou menor (art. 373); pupilo ou interdito.

3. *Requisitos.* Já vimos, implicitamente, em matéria de requisitos, quanto respeita ao *estado*, quer do adotante, quer do adotado (Sôbre a noção de *estado* e seus vários aspectos, v. nosso *Manual*, v. I, pgs. 129 e segs., ed. 1966).

Há-os outros, porém.

Assim, é ainda necessário:

- A) o *consentimento* do adotado;
- B) que a adoção seja feita por *uma só pessoa*, salvo se se tratar de marido e mulher (art. 370);
- C) que se obedeça a uma forma solene no caso, a *escritura pública* (art. 375);
- D) que não haja *termo ou condição* (*Manual*, v. I, pgs. 225-233).

Algumas considerações, por indispensáveis, apenas quanto ao *consentimento*.

Se o adotado é maior e capaz, inexistente problema: êle dará ou não o seu consentimento. Não anuindo, não há cogitar de adoção (Cod. art. 82, interpretado).

Se, porém, menor ou incapaz algumas questões se colocam. Destas, duas mais importantes: a) *quem deve representar* o menor ou incapaz; b) se a manifestação, por parte do representante, é *definitiva*.

a) O Código atribuía, na espécie, a representação, à “pessoa, *debaixo de cuja guarda* estiver o adotando, menor ou interdito”

Ora, a simples guarda pode ser precária e não estar acometida, transitòriamente, a pessoas mais diretamente ligadas à responsabilidade pelo menor.

Assim o texto da Lei 3.133 constitui mais um testemunho de que a adoção evoluiu no sentido de *instituto de proteção à personalidade do adotado*. A responsabilidade pela manifestação da vontade é, no caso, reforçada, deferindo-a a lei ao *representante legal*.

b) Essa declaração de vontade, porém, não é definitiva.

O menor ou interdito, tanto no regime do Código, como da Lei 3.133 (art. 373), pode desligar-se da adoção *no ano imediato* ao em que cessar a interdição, ou menoridade.

Um derradeiro aspecto fundamental do problema dos requisitos: o de se poder ou não adotar mais de uma pessoa

A resposta é afirmativa. Por três razões: a) porque a lei não o proíbe; b) porque é da conveniência do próprio adotado, especialmente se menor, o ser criado em meio a uma família numerosa; e c) porque a adoção, evoluindo, de instituto de direito de família, para de *proteção à personalidade* deve alcançar o maior número de pessoas.

5. *Efeitos da adoção*. Os efeitos da adoção, fundamentalmente, são quatro, a saber: A) transmite o patrio poder, do genitor natural, ao adotivo; B) dá azo ao enta-

bulamento de relações de parentesco, quanto à família do adotante; C) cria direitos à sucessão causa mortis; e, D) atribui ao adotado o direito ao nome do adotante.

Examinemos, rapidamente embora, cada um desses efeitos fundamentais.

A) *Transmite o patrio poder, do genitor natural, ao adotivo* (art. 378), dando ensejo, dêsse modo, ao aparecimento daquilo que SAVATIER (*Cours*, vol. I, 2.^a ed., 1947) e MARTY E RAIGNAUD (*Droit Civil*, vol. I, 1961) denominam *família adotiva*. Não obstante, salvo o que concerne ao patrio poder, o adotado continua jungido às mesmas obrigações e desfrutando dos mesmos direitos concernentes à família de origem.

B) *Dá azo ao entabulamento de relações de parentesco, quanto à família do adotante*. O Código diz que êsse parentesco se limita entre o adotante e o adotado (art. 376). Mas não é exatamente assim, porque se estende aos impedimentos matrimoniais, previstos no art. 183, n.ºs. III e V.

Dessa forma, não podem casar, em virtude de parentesco adotivo: a) o adotante com o cônjuge do adotado; b) o adotado com o cônjuge do adotante (183, n.º III); c) o adotado com o filho superveniente ao pai adotivo; d) o adotado com o filho superveniente à mãe adotiva.

C) *Cria direitos à sucessão causa mortis*. No sistema do Código êsse efeito era inapelável. Apenas, se houvesse filhos supervenientes, ao adotivo tocava somente o equivalente à metade do quinhão dos filhos de sangue (art. 1.605, § 2.º).

O estatuto em vigor, entretanto, dispõe que, quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Esta disposição afeta ainda o art. 1.609, § único, do Código, que erigia o adotante em herdeiro do adotado, em

não existindo os pais de sangue, quando da abertura da sucessão (art. 1.572).

D) *Atribui ao adotado o direito ao nome do adotante.* No Direito Romano e nos Códigos Modernos essa era a regra (V. LIMONGI FRANÇA, *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, p. 235-237, 2.^a ed., 1964).

Entre nós, o Código silenciava a respeito, mas a Lei 3.133, art. 2.^o, determina que no ato da adoção se declarem os apelidos do adotado, que poderão ser: a) os dos pais de sangue, acrescidos dos do adotivo; b) apenas os dos pais de sangue; e, c) apenas os do adotivo.

Fôrça é convir, porém, que, não obstante a oportunidade do preceito, quanto ao seu conteúdo, êle aberra dos princípios fundamentais que regem a formação do nome.

O Direito ao Nome é a principal expressão do direito à identidade pessoal e familiar (V. ADRIANO DE CUPIS, *Il Diritto all'Identità Personale*, Milano, 1949; *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*, p. 136-192, 2.^a ed.). Nos termos em que a lei disciplina a matéria é possível que irmãos adotivos tenham nome completamente diferentes o que é a antítese da finalidade do direito à designação personativa.

6. *Extinção da Adoção.* A adoção, conforme as circunstâncias, e, de acôrdo com determinados requisitos, se extingue de três modos: A) por vontade do adotado; B) por vontade de ambas as partes (adotante e adotado); C) contra a vontade do adotado; e D) contra a vontade do adotante.

A) *Extinção, por vontade do adotado.* Trata-se do caso do menor ou do interdito, cuja vontade, quando da adoção, se manifesta através do representante legal (art. 372, com a redação da Lei 3.133).

Cessada a interdição ou a menoridade, *dentro do ano imediato*, um e outro poderão desligar-se do vínculo adotivo (Código, art. 373).

B) *Extinção, por vontade de ambas as partes.* O desfazimento da adoção por anuência do adotante e adotado já estava previsto no art. 374, n.º I do Código e a Lei 3.133 o manteve, nos mesmos termos.

Note-se, porém, que a *adoção*, tendo sido entabulada por escritura pública (art. 375), deve resilir-se pela mesma forma (art. 1.093).

C) *Extinção, contra a vontade do adotado.* O adotado pode ser destituído da condição de filho adotivo.

O Código (art. 374, II) estabelecia que isto tinha lugar quando o adotado *comettesse ingratitude contra o adotante.*

A Lei 3.133 foi bem mais longe: dispõe que tal se dá “nos casos em que é admitida a deserdação”.

Ora, a deserdação se dá, fundamentalmente, de duas maneiras: a) por vontade do adotante; e b) independentemente da vontade do adotante. O primeiro caso denominamos *deserdação* propriamente dita; o segundo, *exclusão de herdeiro.*

a) Incluem-se na primeira hipótese, *além dos casos de exclusão* (art. 1.595, 1.744), os seguintes: 1. ofensas físicas; 2. injúria grave; 3. desonestidade da filha que vive na casa paterna; 4. relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto (no caso, também com a mãe ou pai adotivo); 5. desamparo do adotante em caso de alienação mental ou grave enfermidade.

Nestas espécies, a extinção da adoção só pode ser ordenada pelo adotante em escritura pública ou no próprio testamento, juntamente com a deserdação mesma, se for caso (1.092, 1.742).

b) Por outro lado, são casos de exclusão (que também o podem ser de deserdação) os seguintes: 1. o ter sido o adotado *autor ou cúmplice* em crime de *homicídio voluntário*, ou *tentativa* dêste contra o adotante; 2. o haver o adotado caluniado em juízo o adotante; 3. a prática de crime, por parte do adotado, contra a honra do adotante;

4. a inibição, por parte do adotado, em relação ao adotante, com violência ou fraude, quanto à livre disposição dos bens dêste, em ato de última vontade (art. 1.595).

Nestas hipóteses, a extinção da adoção pode ser promovida, não só por herdeiro interessado na sucessão (art. 1.596), mas ainda, em se tratando apenas *da adoção*, por pessoa da família, que tenha *legítimo interesse moral*.

D) *Extinção, contra a vontade do adotante*. É o reverso da medalha do caso anterior.

O assento da matéria é o art. 1.745 do Código.

Mutatis mudandis, adotado, ou terceiro interessado, se se trata de causa de deserdação ou de exclusão, pode promover o desfazimento do vínculo adotivo.

IV. Conclusão sôbre o verdadeiro caráter da nova adoção.

A conclusão sôbre o verdadeiro caráter da nova adoção deflui com facilidade do simples confronto, já feito ao longo destas linhas, entre o texto original do Código e as derrogações introduzidas pela Lei 3.133.

As modificações quanto ao sujeito ativo e o passivo, alargando as possibilidades de adotar; quanto aos efeitos, de modo a evitar o espantinho da sucessão causa mortis, compulsória e indiscriminada; e quanto à extinção, oferecendo também ao adotado, meios mais amplos de se libertar de uma adoção impossível, além de muitos outros aspectos que se poderiam esmiuçar, mostram, em suma, duas coisas:

primeiro, o desejo do legislador de fazer da adoção um modo mais viável de atender particularmente ao problema de pessoas desamparadas, especialmente menores (veja-se que a idade do adotante passou de cinqüenta para trinta anos, etc.);

segundo, a propiciação de uma condição melhor para o adotado, proporcionando a êste ou a terceiro (art. 374,

II, com a redação da Lei 3.133) possibilidade, de extinguir a adoção, contra a vontade do próprio adotante.

Não há dúvida de que, criando vínculo civil de filiação e paternidade a adoção ainda participa de elementos do Direito de Família e a ela se pode referir, conforme SAVATIER (*Cours de Droit Civil*, I, 2.^a ed., 1947) e MARTY E RAIGNAUL (*Droit Civil*, vol. I, 1961) como à *família adotiva*.

Mas, sobretudo, o que interessa de novo é que, além e acima desses aspectos tradicionais, que vem desde o Direito Babilônico e o Romano, novos elementos surgiram, dentro de uma outra visão da matéria e segundo uma nova perspectiva, de forma a poder considerar-se, atualmente, de modo especial, como um *instituto de proteção à personalidade do adotado*.

Princípios Informativos do Direito Administrativo.

José Cretella Júnior

Livre Docente de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os princípios. 3. Princípios jurídicos. 4. Princípios informativos do direito administrativo. 5. Princípio da hierarquia. 6. Princípio da especialidade. 7. Princípio da executoriedade. 8. Princípio da continuidade. 9. Princípio da presunção da verdade. 10. Princípio da moralidade. 11. Princípio da relação de administração. 12. Outros princípios. 13. Denominador comum dos princípios administrativos. 14. Conclusão.

1. Introdução.

Ramo jurídico de recente formação, quando comparado com outros setôres da ciência jurídica, o direito administrativo apresenta-se como um todo ainda inestruturado, “in fieri”, à mercê de construções tomadas de empréstimo ao direito privado e, por isso mesmo, mal aclimatadas, depois das transposições empreendidas.

Entretanto, conjunto autônomo de proporções gigantescas, cada vez mais ampliadas, com objeto próprio, método próprio e princípios informativos próprios, reúne o direito administrativo os pressupostos necessários para a elaboração dos respectivos institutos a partir das *categorias juri-*

*dicas*¹ que, trabalhadas antes de sua fixação no âmbito do direito comum, fornecerão, à luz de uma canônica típica, os moldes específicos à problemática administrativa.

Cumpre, pois, num reexame crítico dêste setor do direito, investigar com a maior atenção a existência e os característicos dos *princípios informativos* ou *cânones do direito administrativo* que, ao lado dos dois requisitos assinalados — *objeto próprio* e *método próprio* —, asseguram a legítima e incontestável autonomia para êsse importante campo da jurisprudência.

Os tratados especializados fazem referências, aqui e ali, a êste ou àquele princípio, quando se referem a um dado tema, desenvolvendo-o a partir da proposição básica. É, como fica patente, uma espécie de casuismo filosófico, referência puramente acidental, sem tomada de consciência do problema, em todo seu conjunto, atribuindo-lhe o valor que na realidade tem.

Ressente-se nossa disciplina da tratção sistemática dos princípios que a informam, falta-lhe o estudo global *more geometrico*, que os escalonasse, hierarquizando-os, em forma de pirâmide articulada, partindo-se da matriz suprema orientadora — a *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, seguido do *princípio da legalidade* — até os *princípios secundários* ou *menores*, corolários e escólios, que configurariam pontos mais baixos da pirâmide até a base do esquema, todos, porém, monoliticamente interligados para permitir o delineamento jurídico-administrativo típico, fundamento de qualquer construção no campo das *peçoas públicas*, dos *bens públicos*, das *obrigações* assumidas pelo Estado, das *sucessões* no direito público, do *processo* administrativo.

1. Nos artigos *As Categorias Jurídicas e o Direito Administrativo* e *Regime Jurídico das Fundações Públicas, no Brasil*, publicados, respectivamente pela *Revista de Direito Administrativo*, n.º 85, p. 28-33 e 90, p. 459-469, fizemos alusão rápida aos *princípios informativos do direito administrativo*. O n.º 93 desenvolveu o tema com maior amplitude, p. 1 a 10.

2. Os princípios.

Ramo do direito público interno, fundamenta-se o direito administrativo em um conjunto de proposições que se apresentam sob a forma de juízos do tipo *S é P*, mas encobrindo, na realidade, juízos do tipo *S deve ser P*, alicerce para uma série concatenada de outras proposições que, a um exame mais acurado, se revela ou a premissa do sistema, ou a regra básica (ou série de regras), em relação à qual (ou às quais) todo o edifício é levantado.

As regras básicas que justificam a construção posterior, como um todo, dêste ramo do direito, formam a *canônica* ou *princiologia*, conjunto de cânones ou princípios, que garantem a autonomia do sistema administrativo dentro do mundo jurídico, impedindo sejam confundidos institutos do direito privado com os símiles do direito público, em primeiro lugar; impedindo, dentro agora do direito público, se identifiquem, confundindo-se, institutos peculiares a dois ramos gêmeos, mas distintos.

Não se empreendeu ainda estudo sistemático dos pressupostos filosóficos do direito administrativo, subordinado ao título em epígrafe, *princípios informativos do direito administrativo*, encontrando-se apenas, de maneira esparsa e assistemática, conforme as circunstâncias, a referência direta a um determinado princípio que se põe na raiz do tema desenvolvido, tão só, garantindo-lhe a validade, numa justificação restrita, numa construção individuada, tópica.

No entanto, em contraposição, mesmo os livros elementares de uma outra disciplina, como, por exemplo, o processo civil, escolhido aqui *argumentandi causa*, fazem menção, pelo menos ligeira, aos princípios típicos dêste, desenvolvidos de maneira mais direta, profunda e sistemática, nas obras dos grandes mestres, a saber, o *princípio lógico*, o *jurídico*, o *político*, o *econômico*, o *da economia*

do juízo. O mesmo ocorre no campo do direito penal e do processo penal, em que a preocupação com as normas informativas básicas é constante, sendo consideradas em bloco.

A principiologia ou sistematização dos princípios põe-se como preliminar necessária, num dado momento da elaboração científica, quando a disciplina, superada a fase do empirismo, da casuística, atinge um estágio maduro de equilíbrio, estruturando-se em plano de apurado rigor.

O edifício tem agora lineamento certo, a partir da base, assentando-se em juízos primeiros, que legitimam tôda a construção levantada para explicar um aspecto da realidade que lhe corresponde, no concêrto geral da ciência. Pressupostos obrigatórios do sistema, garantem-lhe a validade, autenticando-o como capaz de traduzir as implicações da natureza, em si, ou da natureza, tendo o homem como sujeito atuante.

Ciências especulativas ou ciências do agir humano, conjunto de proposições constantes, interligadas. Sempre o princípio da proposição original e não fática, ponto de partida do sistema. Não é coisa, nem enunciado arbitrário, não é pura hipótese coerente de uma cadeia de raciocínios. É proposição que, embora referida ao mundo fático, tem uma índole não fática; é ponto de referência de uma série de proposições, ou por erigir-se em premissa primeira do sistema, ou por apresentar-se como norma referencial que apontará a ulterior construção sistemática.

“Tôda e qualquer ciência”, escreve MIGUEL REALE, “implica na existência de princípios, uns *universais* ou *onivalentes* (ou seja, comuns a tôdas as ciências); outros *regionais* ou *plurivalentes* (comuns a um grupo de ciências) e outros, ainda, *monovalentes*, por só servirem de fundamento a um único campo de enunciados”².

2. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 4.^a ed., 1965, p. 55.

Os *princípios universais* são, por exemplo, os chamados *princípios lógicos*, presentes em qualquer construção científica, como, o de *identidade*, o da *não-contradição*, o do *terceiro excluído*, o da *razão suficiente*; os *princípios regionais* são, por exemplo, o da *causalidade* e o da *sociabilidade*, válido o primeiro para as ciências físicas, válido o segundo para o campo das ciências sociais.

3. Princípios jurídicos.

As ciências jurídicas também se assentam em princípios, *princípios regionais* ou *plurivalentes*, antes de tudo, como ciências sociais que são; em segundo lugar, repousam em princípios próprios, peculiares, *monovalentes*, válidos apenas para este setor do social, tudo isto, sem prejuízo da aceitação dos princípios universais, que se põem como fonte e diretriz das proposições dos demais ramos das ciências, inclusive o jurídico.

Dentro do mundo jurídico encontramos os princípios gerais do direito, aos quais se refere, por exemplo, a *lei brasileira de introdução ao código civil*.

*Ninguém se escusa, alegando ignorar a lei*³ é princípio monovalente, verdadeira proposição no plano do *dever ser*, consubstanciador de um *postulado da razão prática jurídica*⁴.

Por sua vez, na hierarquia necessária dos princípios — universais, regionais, monovalentes —, inserem-se ainda outros princípios que regulam setores especiais, dentro das regiões, princípios a que daremos o nome de *princípios setoriais*.

3. Decreto-lei, n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigo 3.º. Ver ainda: *Código Penal*, art. 16 e *Consolidação das Leis do Trabalho*, art. 8.º.

4. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 4.ª ed., 1965, p. 56.

No campo do direito, os *princípios setoriais* são proposições diretrizes típicas, que se colocam nos vários compartimentos em que se desdobra a ciência jurídica, garantindo a validade das construções posteriores.

Temos, então, dum lado, os princípios do setor do direito privado, do outro, os princípios do setor do direito público e, como se isso não bastasse, porque a exigência e rigor dos estudos exigiu e continua a exigir divisões e subdivisões, encontramos princípios do direito civil, princípios do processo, princípios do direito comercial, princípios do direito constitucional, princípios do direito administrativo.

A predominância do interesse privado sobre o interesse público, regendo e informando toda a ala do direito privado, a predominância do interesse público, regendo e informando toda a ala do direito público; o princípio da legalidade, presente, a todo instante, nos dois setores, porque é a própria razão de ser de toda a ciência jurídica.

4. Princípios informativos do direito administrativo.

Legitima-se, num plano científico de estudos, a indagação jurídico-filosófica a respeito da existência, extensão e plano prático de aplicação de um conjunto de proposições monovalentes setoriais, colocadas na base do direito administrativo, informando este campo da jurisprudência, a ponto de garantir-lhe a autonomia e a elaboração dos próprios institutos, institutos específicos e paralelos, mas inconfundíveis com os símiles do direito comum?

Há *princípios informativos do direito administrativo*? Quais são esses princípios em seus enunciados sintéticos, bem como o respectivo campo de aplicação?

Uma primeira proposição acode à mente dos administrativistas menos avisados que cogitam do tema — *o interesse público prepondera sobre o interesse privado*.

Este *princípio*, que consubstancia o mandamento da supremacia do interesse público, informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos nomogenéticos, mas de maneira alguma é *princípio setorial*, típico, específico do direito administrativo, visto ser comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.

Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure conciliar o equilíbrio social, dando razão a quem a tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a infração ao princípio da supremacia do público sobre o privado.

Uma segunda proposição atrai a atenção dos administrativistas — suporta a lei que tu mesmo fizeste, *legem patere quam fecisti*⁵ — juízo categórico e necessário, segundo o qual a administração está submetida à lei, lei que ela própria pode ter editado, o que configura o denominado *princípio da legalidade*⁶ ou da *legalitariedade*⁷,

5. Enunciamos este princípio, em nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1966, v. I, p. 17. WALINE registra-o assim: “legem patere quam ipse fecisti” (*Droit Administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 463). CAIO TÁCITO prefere a forma sucinta “legem patere quam fecisti” (*Revista de Direito Administrativo*, 90/23).

6. LEÓN DUCUIT, *Léçons de Droit Public Général*, p. 274.

7. Denominação preferida por PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, v. IV, p. 70.

aceito expressamente pelo nosso direito positivo⁸, como, aliás, pelo dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos⁹.

O *princípio da legalidade*, que informa todos os setôres do direito administrativo, mais extenso ainda do que o princípio anterior, não sòmente assume relevância no âmbito de nossa disciplina e no do direito constitucional, em outras palavras, em todo o setor publicístico, como também se acha na base de todos os ramos do direito.

É o grande princípio que domina a atividade administrativa — o da submissão da própria administração à legalidade *lato sensu* —, sentido em que se toma hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do Estado legal ou Estado de direito.

Com base nesse princípio, intuído genialmente, é que o moleiro de *Sans souci* resistiu às pretensões despóticas do rei Frederico II, que desejava simplesmente destruir-lhe o moinho, não para a construção de obra de interesse público, mas apenas para ampliar a vista do palácio real, exclamando diante do monarca aturdido, mas satisfeito pela confiança do homem do povo na autenticidade de seu poder judiciário: *Há jützes em Berlim*¹⁰.

Assim, nem o *princípio* “o interesse público prevalece sòbre o interesse privado”, nem o *princípio* “suporta a lei que fizeste”, o primeiro denominado *princípio do interesse público dominante* ou *princípio da supremacia pública* e o segundo conhecido sob a rubrica de *princípio da legalidade* são específicos do direito administrativo, insuficientes, ambos, portanto, para conferir a êste ramo do direito os foros de autonomia, visto informarem também outros

8. Nas várias constituições brasileiras sob a forma, com ligeiras variantes, “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

9. Sòbre legalidade ocidental e socialista, ver LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 3.^a ed., 1963, v. I, p. 194.

10. MARCEL WALINE, *Droit administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 6.

ramos da ciência jurídica, pelo traço de generalidade de que se revestem.

Cumpre, então, descobrir uma série de princípios exclusivos do direito administrativo, proposições que fundamentem os institutos dêste ramo do direito e que lhe confirmem atributos inequívocos, que o estremem dos congêneres de outros campos.

No campo do direito processual administrativo, a questão é bastante simples, porque dum modo geral estamos diante de *processo* e os princípios informativos da processualística, em geral, aqui se acham presentes. Celeridade. Economia processual. Ampla defesa. Contraditório. *Nemo inauditus damnari potest*.

No campo do direito substantivo administrativo, a questão é mais complicada, porque inexistem estudos especiais sôbre o assunto e os princípios, inerentes a cada instituto, são mencionados apenas quando as questões se apresentam.

O estudo conjunto, sistemático, jamais foi empreendido. A problemática dos princípios está ausente das obras de direito administrativo, notando-se, tão só, a referência acidental a princípios setoriais, tais como, o da hierarquia, o da especialidade, o da auto-executoriedade, o da continuidade, o da presunção da verdade, o da moralidade, o da autotutela, o da tutela administrativa, o do estabelecimento unilateral de obrigações aos particulares, o da presunção da legitimidade, o da discricionariedade, o da isonomia¹¹.

11. Uma relação de nada menos de 18 princípios foram catalogados por BANDEIRA DE MELO, em sua monografia *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, 1967, p. 316-317, alguns dêles constando da enunciação acima, mas é fácil observar-se a não especificidade de vários, comuns a outros ramos do direito. Neste artigo, redigido em 1965, por ocasião do preparo de nossa prova escrita de concurso, na Faculdade de Direito de São Paulo, mas só agora divulgado, chegamos à conclusão de que êsses princípios são em número bem menor.

Nem todos êsses princípios, entretanto, são típicos do direito administrativo, visto que informam também o direito constitucional, cumprindo, nesse caso, proceder apenas ao exame dos princípios inerentes à nossa disciplina.

5. Princípio da hierarquia.

Chama-se *hierarquia* a relação de coordenação e de subordinação dos órgãos do poder executivo¹², marcando a autoridade de cada um.

O *princípio da hierarquia* é típico do direito administrativo, vigora tão só no âmbito dêste ramo jurídico, inexistindo no campo regulado pelo judiciário e pelo legislativo.

“No poder judiciário, o que existe é *gradação de autoridade*, estabelecida por meio das *instâncias* ou *graus de jurisdição*. Realmente, uma das conseqüências da hierarquia é a possibilidade que tem o superior de praticar os atos que competem ao inferior. Na organização por instâncias, tal não se dá; cada uma funciona em esfera diferente da outra e é com ela incomunicável. O Tribunal não pode praticar atos da competência do juiz de primeira instância, não pode processar e julgar a qualquer momento uma ação qualquer, a não ser as da sua competência. Enfim, o Tribunal não tem a faculdade de dar ordens, nem de substituir-se ao juiz de inferior instância.

Dêsse modo, ao passo que na hierarquia administrativa, o superior, independentemente de provocação do interessado, pode modificar ou reformar o ato de seu subordinado, desde que o julgue necessário, tal não se verifica no âmbito do poder judiciário, onde somente mediante provocação do interessado, ou seja, através do *recurso*, o chefe intervém no ato ou ação do que lhe está subordinado.

12. Nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1966, v. I, p. 98.

A tal ponto a incomunicabilidade de instância é observada no campo do judiciário que, quando o legislador entende que é caso de reexame, manda que haja recurso por parte do próprio juiz (recurso *ex officio*). No poder legislativo, também não existe hierarquia, mesmo quando o sistema é bicameral, onde a câmara alta não é superior à câmara baixa, pois, nesses casos, o que há é discriminação de funções”¹³.

Quando se fala em *hierarquia*, no poder judiciário e no poder legislativo, a palavra é aplicada não naquilo que aquêles poderes têm de específico, ou seja, a atividade jurisdicional, no primeiro caso, a atividade legisferante, no segundo, mas é entendida naquilo que os três poderes têm em comum e, sem o que, não poderão subsistir — a *administração*. Assim, a *hierarquia* no campo do poder judiciário é a hierarquia administrativa; a hierarquia no campo do poder legislativo é ainda a hierarquia administrativa. Não há hierarquia judiciária; não há hierarquia legislativa.

Do *princípio da hierarquia*, específico do direito administrativo, surgem conseqüências, como a unidade de direção, a vigilância dos superiores sôbre os inferiores, a substituição do inferior pelo superior, a revisão dos atos dos subordinados, a aplicação de sanções, o dever de obediência, a resolução do conflito de atribuição.

Todos êsses institutos são informados pelo *princípio da hierarquia administrativa*, princípio presente em todos os degraus da pirâmide administrativa, do vértice à base, possibilitando à administração, como um todo homogêneo, compacto, harmônico, a concretização dos altos fins que tem em mira.

Respeitadas as áreas das respectivas competências, o *princípio da hierarquia* condiciona, sem exceção, todos os

13. *Tratado de Direito Administrativo*, do autor, 1966, v. I, p. 98-99.

instantes, recantos e pronunciamentos das autoridades administrativas.

É proposição básica, viga mestra da administração; abriga orientação da qual não se afastará o administrador, em momento algum de decisão, no editar os atos administrativos.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da hierarquia* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “Os poderes das autoridades administrativas variam na razão direta da posição ocupada na pirâmide, em movimento ascensional da base ao vértice”.

6. Princípio da especialidade.

O *princípio da especialidade* está presente em determinadas atividades das pessoas jurídicas públicas não territoriais, limitando-lhes a atividade e a capacidade, sendo-lhes interdito praticar atos inespecíficos, atos que não se refiram ao objeto particular que lhes é inerente¹⁴.

Por êsse princípio é que se proíbe às pessoas públicas a aceitação de doações e legados, que as obrigasse, por exemplo, à prática de atividades estranhas à sua missão, como no caso de um hospital que aceitasse doação para nêle funcionar um estabelecimento de ensino¹⁵.

Quando se confere personalidade jurídica a um agrupamento humano ou a uma autarquia, reconhece-se oficialmente que tais entidades perseguem um fim que merece ser protegido pelo direito, afirma-se que o interesse coletivo, que precisa ser atendido, tem de ser representado na vida jurídica¹⁶.

Ora, quando se criam *pessoas jurídicas públicas*, tais entes ficam subordinados, primeiro, ao princípio do inte-

14. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 484.

15. GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, 3.^a ed., 1964, p. 484.

16. MASPÉTIOL e LAROQUE, *La Tutelle Administrative*, 1930, p. 69.

rêsse público, que rege todo o direito público, depois, a outros princípios, dependendo da natureza da pessoa criada. Consulta-se para tanto a principiologia da ciência da administração.

Se a pessoa jurídica pública é *autarquia*, indagar-se-á se é do tipo *territorial* ou *institucional*, concluindo-se depois que a primeira tem capacidade genérica, a segunda capacidade específica.

A *autarquia administrativa* ou *institucional* tem objetivos precisos, claros, determinados. Não pode afastar-se desses objetivos, que são sua causa final específica. Afastando-se, desvirtua-se. Pratica atos num sentido diverso daquele que foi objetivado, quando de sua criação. Isso em razão do princípio da especialidade, que preside a todo tipo de atividade autárquica.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da especialidade* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “As pessoas jurídicas públicas, do tipo autárquico institucional, têm objetivos próprios dos quais não deverão afastar-se”.

7. Princípio da auto-executoriedade.

Diante dos administrados o Estado movimenta-se com superioridade através de sua potestade de império. Dêsse modo, faz atuar sua vontade, diretamente, mediante pronunciamentos rápidos, sem recorrer aos tribunais para acertar sua atitude, titularizando-a, em um juízo prévio de cognição e obter, da parte do judiciário, o que pretende com a execução da sentença¹⁷.

Essa posição privilegiada da administração, diante do administrado, que lhe confere a excepcional faculdade de pôr em execução com os próprios meios de que dispõe,

17. ORESTE RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, p. 126 e nosso *Tratado*, 1966, v. II, p. 65.

inclusive *manu militari*, os atos administrativos editados, sem o cuidado prévio de submeter tais decisões à apreciação da autoridade judiciária, é decorrente do princípio que os autores franceses denominam de *privilège du préalable* ou *privilège d'action d'office*.

Contrariando o princípio da *nulla executio sine titulo*, que vigora no campo do processo civil, informando-o, o *princípio da auto-executoriedade* ou da *executoriedade* dos pronunciamentos administrativos é da mais alta importância, porque informa tôda a *teoria do ato administrativo*, justificando a imediata entrada em ação de qualquer medida legal, assim que editada, ou seja, fundamentando o pronunciamento das autoridades administrativas e de sua pronta concretização.

Fundamenta-se, dêsse modo, a *executoriedade* não só na natureza pública da atividade que, por meio dos atos executórios a administração traduz sua vontade, como também na rápida efetivação dos interesses coletivos, em benefício dos quais se editam os referidos atos.

A faculdade de exigir coativa e diretamente a execução dos próprios atos deriva do conceito de poder público e é essencial a êste.

Sem tal prerrogativa o interesse público ficaria equiparado e, por vêzes, preterido, em face do direito privado, ao mesmo tempo que a vontade do Estado seria inoperante, por inócua. O caráter público da potestade administrativa matiza o ato executório e dá-lhe a fôrça necessária para atuar, realizando a aspiração de grande parte da coletividade, da qual o Estado é intérprete máximo.

A necessidade de manter a ordem pública exige, às vêzes, medidas materiais, de execução rápida, que não se assemelham com as exigidas pelo processo judiciário, como, por exemplo, a remoção imediata de veículo que esteja impedindo o trânsito, na via pública¹⁸.

18. DUEZ e DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, 1952, p. 526.

Autores existem que identificam o *privilège du préala-ble* com o *privilège d'action d'office*¹⁹, ao contrário de outros que insistem na diferença, ressaltando que o primeiro “resulta da possibilidade que tem a administração de tomar decisões executórias. Ora, sendo executórios os efeitos dessas decisões, como o nome indica, a administração está isenta, para concretizar seus direitos, de dirigir-se preliminarmente (daí, o nome da expressão — *privilégio do preliminar, do prévio*) a um juiz. Se o administrado contesta as pretensões da administração, é êle que deverá contestar o juiz. Em outros termos, graças ao *privilégio do preliminar*, pode a administração obrigar o administrado a tomar, no processo, a posição desfavorável de réu. Aliás, a decisão, sendo executória, a administração poderá passar diretamente à fase da execução forçada. O *privilégio do preliminar* traz como conseqüência o da *execução administrativa*”²⁰.

Ao contrário do *privilégio do preliminar*, o *privilégio da execução de ofício administrativa* ou *ação de ofício* consiste na faculdade que tem a administração, quando já tomou a decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, colocando em movimento a fôrça pública contra o particular recalcitrante. Tal privilégio de execução forçada é um traço característico da concepção francesa do direito administrativo, ligada à idéia de regime administrativo, que contrasta com a concepção anglo-saxônica, na qual o Estado se submete ao juiz, nas mesmas condições que o cidadão comum e, como êste, deve dirigir-se, antes, aos tribunais para concretizar seus direitos²¹.

Em qualquer dos casos, verifica-se a execução forçada, destituida, sem o que a máquina administrativa ficaria inerte, agindo *a posteriori*, para remediar, quando os pre-

19. “A administração goza, então, de um *privilégio “de ação de ofício”*, ou ainda, *privilégio “do preliminar”*.”

20. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire*, 3.^a ed., 1963, v. I, p. 264.

21. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire*, 3.^a ed., 1963, v. I, p. 265.

juízos à coletividade já se fizessem sentir. O *executivo* ficaria *inexecutivo*, inerte, imóvel, inócuo, o que seria contrário à própria natureza das coisas.

A auto-executoriedade é a mola mestra, a força motriz do poder executivo, o dinamismo que aciona os agentes administrativos no momento exato, permitindo a intervenção pronta, precisa, eficiente.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da executoriedade* ou da *auto-executoriedade* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “A administração executa imediatamente seus próprios atos, dispensado o prévio título executório”.

8. Princípio da continuidade.

Embora conceptualmente discutidíssimo, envolve o *serviço público* uma realidade inegável, visto ser a própria essência do Estado.

Negada a *noção* por alguns²², considerada *em crise* por outros²³, continua, entretanto, a expressão *serviço público* a ser empregada por todos os publicistas, pela jurisprudência, pelo direito positivo para exprimir todo tipo de atividade que as pessoas jurídicas públicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas, mediante procedimentos peculiares ao direito público.

Tão importante é a efetivação das atividades do Estado, tão fundamental é que a máquina administrativa esteja sempre em movimento, que não se pode conceber a

22. HENRI BERTHÉLEMY e JEAN RIVERO, *Cinq Ans de Réformes Administratives* (1933-1938), *supplément à la première édition du Traité Élémentaire*, ed. de 1938.

23. JEAN LOUIS DE CORAIL, *La Crise de la Notion de Service Public en Droit Administratif Français*, 1954 e LATOURNERIE, *Sur un Lazare Juridique. Bulletin de Santé de la Notion de Service Public. Agonie? Convalescence? ou Jouvence?*, 1960.

paralisação dos serviços públicos pela infração a um princípio básico — o da continuidade.

O serviço público deve ser *contínuo*. Passam-se os titulares, modificam-se cargos, surgem novas funções, alteram-se os serviços, quando obsoletos. O traço de *perennitas* estará presente. O serviço público é um processo que se desenvolve, no tempo e no espaço, de maneira contínua, ininterrupta.

Dai, por exemplo, ser proibida a greve do funcionário público, o que acarretaria a paralisação e atraso dos serviços, e quebra da continuidade, com irreparáveis prejuízos para todos.

Do mesmo modo, os importantes institutos da *suplência*, *delegação* e *substituição* são informados pelo *princípio da continuidade*.

Com efeito, no âmbito do direito administrativo, os cargos e funções são, de certo modo, perenes. Os titulares não. A pessoa do titular só interessa ao Estado na medida em que cumpre de modo preciso as respectivas funções. O cargo, porém, precisa ser preenchido, não pode ficar acéfalo. As funções não se interromperão.

Quando o titular dum cargo se encontra temporariamente impedido de exercer sua competência legal, ocorrem as figuras da *suplência* e da *delegação*, disciplinadas pelas leis e regulamentos. *Suplência* é o exercício da competência de pleno direito por um agente, quando o verdadeiro titular se acha impedido de exercê-la²⁴; a *delegação* verifica-se quando, no caso de impedimento do titular, ou para ajudá-lo, a lei e o regulamento prescrevem que determinado funcionário *designará* um agente público para exercer *provisoriamente* tôdas ou parte das atribuições do funcio-

24. GASTON JÈZE, *Principios Generales*, 1949, v. II, 1.^a parte, p. 349.

nário impedido²⁵. Entre *suplência* e *delegação* há uma diferença: o suplente está investido na função, antes do impedimento. O exercício de sua competência só se subordina a uma condição: o suplente não pode exercer sua competência se não se realiza uma condição *de fato*, isto é, o impedimento. Na delegação, ao invés, a investidura resulta do ato de delegação que, na realidade, não é mais do que uma nomeação²⁶. Pela *substituição* o superior opera no lugar e com a competência do inferior²⁷.

Ora, o fundamento destes três institutos é o de assegurar a *continuidade* do serviço público através do órgão e deste através do funcionário²⁸.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da continuidade* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “A atividade da administração será ininterrupta, não se permitindo solução de continuidade nos serviços públicos”.

9. Princípio da presunção da verdade.

O Estado, entidade que age para atingir fins de interesse coletivo, é o tutor do direito. Os atos que pratica não se dirigem à satisfação de caprichos humanos, de natureza egoística. O coletivo e o público seguem caminhos paralelos, contrapondo-se ao particular, ao individual.

Dêsse modo, os atos editados pelo Estado trazem, em si, a presunção da verdade ou da veracidade. Fazem fé.

25. GASTON JÈZE, *Principios Generales*, 1949, v. II, 1.^a parte, p. 349 e ROGER BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, 1935, p. 221.

26. GASTON JÈZE, *Principios Generales*, 1949, v. II, 1.^a parte, p. 350.

27. VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo*, 1920, v. I, p. 280.

28. VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo*, 1920, v. I, p. 278.

Nas peças informativas fornecidas pelos agentes públicos, a administração oferece ao funcionário, ao administrado ou a outras entidades públicas ou particulares o certo, o verdadeiro, o exato.

Exemplo frisante é o que ocorre na *ação executiva fiscal*, em que se exige que “a dívida seja líquida e certa, ou seja, determinada pela respectiva espécie, qualidade e quantidade, exprimindo valor perfeitamente determinado, traduzido em números aritméticos — *liquidez* —, bem como provada pelos meios adequados, como certidão autêntica, extraída dos livros próprios especialmente destinados por lei à sua inscrição — *certeza*. Como os atos da administração são informados pelo *princípio da presunção da verdade*, o ato unilateral que fixa o direito creditório desfruta do privilégio da verdade, até prova em contrário, fazendo fé, nesse particular, os documentos da própria administração”²⁹.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da presunção da verdade* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “Os atos editados pela administração presumem-se verdadeiros, até prova em contrário”.

10. Princípio da moralidade.

No estudo do ato administrativo, a partir das pesquisas realizadas na França por MAURICE HAURIUO³⁰ e HENRI WELTER³¹, citados pelo professor CAIO TÁCITO em relevante contribuição pioneira, entre nós, sobre o instituto do *desvio*

29. Ver nosso *Tratado de Direito Administrativo*, 1967, v. III, p. 370.

30. *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, v. II, p. 375.

31. *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative*, 1929.

*de poder*³², o problema ético, no campo do direito público, é apresentado com grande clareza e oportunidade, assinando-se que “a noção do excesso de poder é muito mais extensa do que a de legalidade, pois corresponde à moral, que é mais ampla do que o direito”³³.

Em nosso sistema jurídico, o artigo 7 do decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, admitia a anulação dos contratos que fôsem contrários à *moralidade administrativa*. Entende SEABRA FAGUNDES também que a *ação popular*, prevista no artigo 141, parágrafo 38, da constituição federal de 1946, corresponde ao controle jurisdicional da *moralidade do ato administrativo*³⁴.

Embora não aceitemos o *princípio da moralidade* como idôneo, por exemplo, para justificar a nulidade do ato administrativo, que “provém de conflito irreconciliável com a essência da norma legal, com o conteúdo do direito positivo”³⁵, não obstante sustentarmos também que “não é porque seja imoral ou inconveniente que a manifestação de vontade do agente deixa de adquirir eficácia jurídica, mas porque violou a lei, ou em sua letra ou em seu espírito”³⁶, forçoso é reconhecer, entretanto, que “o conceito de legalidade contém necessariamente, uma invocação so-

32. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951, p. 29-30.

33. MAURICE HAURIU, *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, v. II, p. 37.

34. SEABRA FAGUNDES, *Revista de Direito Administrativo*, 6/19 e CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951, p. 30. A constituição federal de 1967, art. 150, § 31 e a Lei n.º 4.717, de 29-6-1965, art. 1.º tratam da *ação popular* e sua propositura. Ver a respeito PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *A Ação Popular Constitucional*, 1968, ed. Saraiva.

35. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951, p. 30.

36. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951, p. 30.

ciológica. A lei não é um produto arbitrário, gerado artificialmente pela vontade dos órgãos legislativos. Ela reflete e corporifica as tendências do meio social, da ordem econômica e política”³⁷.

Sob o aspecto de proposição sintética mandamental, o *princípio da moralidade* assumirá, por exemplo, a seguinte forma: “Os atos editados pela administração não devem afastar-se dos ideais éticos dominantes”.

11. Princípio da relação de administração.

“A relação de administração”, escreve CIRNE LIMA, “domina e paralisa a de direito subjetivo”³⁸, erigindo-se em “base última da construção sistemática de nossa disciplina”³⁹. Em capítulo que tem por título a *relação jurídica no direito administrativo* e, por subtítulo, a *relação de administração*, ressalta CIRNE LIMA, em página de mestre, através de inúmeros exemplos, como a mencionada *relação* se põe na base dos institutos de nossa disciplina, informando-os e contrapondo-os aos paralelos do direito privado, mediante fundamentação inerente à canônica publicística.

12. Outros princípios.

Inúmeros outros *princípios* são referidos pelos autores, ou em conjunto⁴⁰, ou no decorrer de exposições, como que por acidente.

37. CAIO TÁCITO, *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*, 1951, p. 30.

38. CIRNE LIMA, *Princípios de direito administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 53.

39. CIRNE LIMA, *Princípios de direito administrativo*, 4.^a ed., 1964, p. 55.

40. Ver o que se disse à nota 11 dêste artigo.

Cabe ao doutrinador, numa fase mais adiantada de suas pesquisas, recorrer aos subsídios filosóficos e sistematizar tais princípios, estudando-os, em conjunto, a fim de explicar todos os institutos do direito administrativo à luz de uma sistemática principiológica.

Examinando, por exemplo, os requisitos ou característicos da propriedade sôbre as coisas públicas, esclarece D'ALESSIO que “ela é caracterizada pelas limitações que são impostas ao sujeito, isto é, pela destinação atribuída à coisa pública. Assim, tôdas as faculdades do sujeito são admissíveis sempre que não se choquem com tais finalidades. Ao passo que, no direito privado, vige o princípio (convenientemente entendido, diga-se) do *jus utendi et abutendi*, no campo do direito público vige um princípio simplesmente oposto: o *princípio do respeito ao escopo*. Ao passo que lá as limitações ao princípio têm caráter de exceção, aqui se erigem em regra”⁴¹.

Nesta passagem, o clássico D'ALESSIO invoca um possível princípio do direito administrativo, sem tomada de consciência mais profunda do problema. É que, tendo redigido sua obra, há cêrca de quarenta anos, estava ainda sob o influxo da mentalidade privatista que dominava o direito administrativo, impedindo mesmo a grandes mestres a visão dos temas à luz de novos princípios.

12. Conclusão.

O estudo da principiologia administrativa está por fazer-se, no direito universal e no direito pátrio. Nem mesmo o problema foi suscitado, em livro ou artigo sôbre o tema. Chamou-nos a atenção sôbre o assunto a relação de temas, elaborada, em 1965, pela banca examinadora que

41. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, v. II, p. 69-70.

presidiu ao concurso a que nos submetemos, na Faculdade de Direito de São Paulo. Dessa relação constava o enunciado *Princípios Informativos do Direito Administrativo*, redigidos na época, mas só agora publicados, com algumas atualizações. Nesse espaço de tempo, também, nenhum trabalho sob essa rubrica foi publicado.

No entanto, a denominada *crítica dos princípios*, fase posterior à exposição ordenada das proposições duma ciência, é tarefa obrigatória das disciplinas que atingiram elevado grau de estruturação e maturidade.

Superada a fase empírica, representada na ciência do direito pela compilação desordenada da legislação, atinge-se a fase científica. Nesta, o método, a ordem, a sistematização, a coerência impõem-se.

Na terceira fase, enfim, que é a filosófica, todo o edifício é examinado e reelaborado através de princípios que se inserem no alicerce da construção, dignificando e autenticando o conjunto, dando-lhe autonomia e impondo-o, como legítimo, para explicar num alto plano de exigência metodológica o setor do saber humano que lhe coube focalizar no concêrto geral das ciências.

A *filosofia do direito administrativo* está por fazer-se, mas já tem condições para tanto e, no momento em que se empreender êsse trabalho pioneiro e ingente, o capítulo de maior significado será o do exame crítico dos princípios, para que se possa fundamentar cada instituto ou um grupo de institutos, estremando-os dos congêneres do direito privado, enfrentando-se para tanto uma problemática típica do direito, em que cada peça se equacionará em modernos termos, ligados a proposições específicas, que permitam uma arquitetônica perfeita, dentro de técnica e lógica jurídica incriticáveis.

347.921.8

Assistência Judiciária: Novos Rumos Mundiais.

Peter Messitte

(Advogado Norte-americano, Integrante do
Corpo da Paz no Brasil)

Mais do que nunca nestes dias as nações do mundo vêm insistindo no direito do indivíduo “a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar”¹. Mais do que nunca elas vêm percebendo que as providências tradicionais já não estão inteiramente suficientes².

De modo igual se pode comentar outro direito humano, o da igualdade perante a lei — especialmente com referência ao indivíduo pobre³. Apesar de muitas nações terem instituições que objetivam o fácil acesso do pobre ao aparelho da justiça, vários desses países, empenhados em auto-críticas rigorosas, estão achando suas instituições profundamente deficientes. Não há lugar, virtualmente, para os pobres gozarem de pleno acesso a essas instituições. Por conseguinte, têm-se pedido novas dimensões à velha idéia da assistência judiciária.

1. Artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

2. Veja-se, por exemplo, MARIAN MAURY, *A Bendita Guerra*, (Petrópolis, 1967) que conta da luta das Nações Unidas contra a miséria, a enfermidade, e a ignorância.

O ano de 1968, por sinal, foi designado pela ONU como o Ano Internacional dos Direitos Humanos.

3. Veja-se Artigo VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

Como explicar êsse nôvo interêsse? Em quê êle consiste exatamente? Quê se pode dizer do futuro dessas idéias?

I. É claro que a idéia da justiça para os pobres remonta aos tempos mais remotos da sociedade humana. Assim, o Código de Hamurabi estabelecia um limite às cobranças por serviços feitos para os pobres. Um cirurgião, por uma operação complexa, só poderia exigir cinco moedas do homem pobre, ao passo que poderia cobrar dez de uma pessoa mais favorecida. Por uma operação menor, os honorários eram de três moedas para o pobre e de cinco para o rico⁴. De igual modo, a lei mosaica beneficiava o pobre a fim de libertá-lo dos vínculos das dívidas e da servidão. Diz a Bíblia que o credor que tomasse de um pobre seu casaco como garantia, teria que devolvê-lo antes do anoitecer, para que o pobre tivesse cobertor durante a noite⁵. E o Livro de Deuterônimo manda pagar o salário do pobre sem demora “porque é pobre, e com isso sustenta a vida”⁶.

Até a preocupação específica para com a sorte do pobre no processo judiciário manifestou-se na Antigüidade. Conforme o procedimento perante o pretor em Roma, as custas judiciais compunham-se do *vadimonium*, ou caução pelo comparecimento do réu, e do *sacramentum*, que era, em seu fundamento, uma caução pela aceitação do julgamento. Do pobre, a lei só exigia a caução que êle pudesse fornecer⁷. Ao mesmo tempo, tinha êle sempre à disposição a assistência de um advogado⁸. Na França, o patrocínio

4. *Código de Hamurabi*, Secs. 215, 216, 221, 222.

5. *Deuterônimo* 24.

6. *Ibid.* 24, 15.

7. Veja-se CARLOS BABO, *Assistência Judiciária*, Porto, 1944, p. 27-28. V., também, MARIO GUIMARÃES DE SOUZA, *O Advogado*, Recife, 1935, p. 310 e seg.

8. Veja-se *Cod.*, Liv. III.º, tít. 3.º, § 14; *Dig.*, Liv. I.º, tít. 26.º, § 5.º; *Dig.*, Liv. III.º, tít. I.º, § 4.º

gratuito dos pobres encontra-se pela primeira vez na legislação do Século XIII, “sob o reinado de S. Luiz, em cujos célebres “Établissements” se preceitua que “o advogado seja, em caso de necessidade, encarregado ex-officio da defesa dos indigentes, das viúvas, e dos órfãos”⁹. Dois séculos depois, na Inglaterra,

“um tal John Brown foi indicado como advogado para os pobres no tribunal de ‘Common Pleas’ e . . . se qualquer pobre lhe jurasse que não pode pagar as custas judiciais, pois então êle (J. B.) acompanhará o processo sem cobrar nada por seu esforço... e isto foi aconselhado pelos Ministros”¹⁰.

As Ordenações Filipinas, de Portugal, embora não providenciassem a indicação de patrocinadores para o pobre, pelo menos livraram-no de algumas taxas¹¹.

Contudo, se a preocupação para com a sorte dos pobres no processo judiciário recebeu alguma atenção no passado, para chegar a ser habitual nos dias de hoje, ela foi precedida historicamente pela preocupação com a proteção de outros elementos da sociedade também fracos. O Professor William R. Vance fêz uma análise brilhante dos métodos que a sociedade progressivamente tem adotado a fim de estender ajuda aos seus componentes mais fracos

9. “Projeto de Organização de Assistência Judiciária no Distrito Federal, Apresentado em Sessão de 17 de junho de 1896”, Revista *O Direito*, v. 72, p. 460 (1897).

10. A lei é “Y.B. 15 Edw. iv 26 b” A história da assistência judiciária na primitiva “common law” é contada por JOHN MAGUIRE em *Poverty and Civil Litigation, Harvard Law Review*, v. 36, p. 361 e seg. (1923). Uma história geral da assistência judiciária acha-se em BABO, *op. cit.*

11. Veja-se, por exemplo, Ord., Liv. I.º, tít. 24.º, § 43. A praxe portuguesa, se não a lei, exortava ao patrocínio profissional gratuito dos pobres. V. ANTÔNIO VANGUERVE CABRAL, *Prática Judicial*, Lisboa, 1741, Parte I, Cap. VIII, § 14. E, veja-se, geralmente, BABO, *op. cit.*

na luta inevitável com os mais fortes pela vida e por aquilo que compõe a vida de dignidade: a liberdade e a busca da felicidade¹². Eis seu sumário:

- I. Assistência aos desprotegidos individuais
 - (1) Pela caridade particular
 - (2) Por ação pública
- II. Restrições legais sôbre o poder dos fortes de controlarem e oprimirem os fracos
 - (1) A crescente proteção e gradativa emancipação da mulher
 - (2) A proteção do menor
 - (3) A proteção dos débeis mentais
 - (4) Leis limitando os poderes do senhor em relação a seu escravo
- III. Igualdade perante a lei
 - (1) Liberação dos escravos e peões
 - (2) Diminuição e abolição dos privilégios assumidos pelos fortes
 - (3) Redução e eliminação das restrições à mulher e ao estrangeiro
- IV. Proteção jurídica dos economicamente fracos
 - (1) Isenção do litigante pobre de pagar as custas
 - (2) Tribunais especiais para o litigante pobre — côrtes de pequenas reclamações
 - (3) Agências públicas para darem conselhos legais e para representação perante os tribunais — o defensor público
 - (4) Agências particulares para darem conselhos legais e para assistência processual — serviços de assistência judiciária

12. WILLIAM R. VANCE, *The Historical Background of the Legal Aid Movement*, em *The Annals of the American Academy of Political Science*, v. 124, p. 6 (março de 1926).

Isto, com pequenas variações no caso de um país determinado, tem sido o curso histórico do movimento da assistência judiciária¹³. É de repetir que a proteção jurídica dos pobres começou em escala significativa só nos tempos recentes e progrediu lentamente. Não se nega que a França, como já apontamos, tomara providências públicas no Século XIII. Até a sua lei “moderna” data de 1851. Similarmente, a Inglaterra, a Holanda, e a Bélgica mantinham programas “modernos” antes do ano 1850¹⁴. Mas, por outro lado, só foi há poucos anos atrás que os Estados Unidos chegaram a reconhecer o direito do pobre a ter advogado, porém só no processo criminal e em casos “sérios”. É de notar, no caso dos Estados Unidos, que o direito foi reconhecido por decisão da Corte Suprema norteamericana interpretativa da Constituição desse país e tal decisão — conforme a técnica da “common law” — se tornou lei para todos os casos posteriores¹⁵. Por sua parte, o Legislativo Federal nada de pertinente decidira até então¹⁶.

13. Para a história da assistência judiciária no Brasil, veja nosso artigo *Assistência Judiciária no Brasil: Uma Pequena História* na *Revista dos Tribunais* de maio de 1968.

14. *Projeto de Organização de Assistência Judiciária no Distrito Federal*, *op. cit.*, p. 460 e seg..

15. *Gideon versus Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963). V., também o excelente livro de ANTHONY LEWIS, *A Trombeta de Gedeão* (Rio de Janeiro, 1966) que, além de explicar esse caso, é uma introdução de primeira ordem aos trabalhos da Corte Suprema norteamericana.

16. Isto foi em parte devido ao problema do federalismo nos Estados Unidos. Alguns Estados, é de notar, já tomaram providências quanto à assistência judiciária antes do caso *Gideon*. Também, existiam serviços de assistência judiciária mantidos por grupos estaduais da classe advocatícia, por Faculdades de Direito, e por organizações beneficentes. V. E. E. CHEATHAM, *Problemas do Advogado nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, 1965, p. 53-59.

Porém, se a proteção dos que são economicamente fracos veio tarde e começou a crescer gradualmente, certo benefício ocorreu com essa etapa posterior no processo de proteger os componentes fracos da sociedade. Assim, chegada a “vez” dos pobres, o momento acumulado de tôdas as etapas anteriores fêz com que a proteção jurídica dêsse grupo parecesse como de máxima urgência, enquanto os sucessos das etapas precedentes sugeriam uma espécie de inexorabilidade na realização efetiva da proteção dos pobres.

Ao mesmo tempo, as mudanças radicais do Século XX contribuíram nitidamente para suscitar o problema de justiça para os pobres. Basta só lembrar o fato das grandes migrações às cidades principais, o aumento de litígios que daí resultou, e as conseqüentes dificuldades que oneraram a administração da justiça. Despreparada pelas novas exigências, essa administração se mostrou inoperante, especialmente em dar o atendimento devido às situações dos necessitados.

É o que talvez explique porque é que hoje mesmo os países, com programas de assistência judiciária bem estabelecidos, estão sujeitando suas normas tradicionais a nôvo exame. A meta já é bem focalizada:

“Eliminar ou minimizar os maus efeitos da pobreza dentro do âmbito da administração da justiça, através da adaptação e suplementação das instituições jurídicas já existentes, para que a pobreza de uma das partes não possa desequilibrar a balança da Justiça”¹⁷

17 REGINALD HEBER SMITH, *An Introduction to Legal Aid Work*, em *The Annals of the American Academy of Political Science*, v. 124, p. 2 (março de 1926).

II. O quê é, então, que os países do mundo estão fazendo nêsse sentido?

De modo geral, se vê que o presente ainda é um tempo de autocritica e análise, embora essas sejam mais intensas do que nunca, tendo em conta os passos decisivos que se tomarão em futuro próximo. O início da auto-crítica foi dado quando indivíduos e grupos em vários países começaram a examinar o acesso dos pobres às instituições de justiça. Verificada a limitação dêsse acesso, foram apresentadas certas explicações. Talvez os pobres não soubessem da existência dos benefícios disponíveis. Talvez os próprios benefícios fôssem inadequados. De qualquer forma, o reconhecimento da importância da questão tornou-se tão geral que ela chegou a ser debatida no plano internacional, o que — por sua vez — constituiu matéria adicional ao nível nacional. Assim, houve animada discussão sôbre “A Gratuidade e Rapidez da Justiça” no XXII Congresso da “Union International des Avocats”, celebrado no Rio de Janeiro em 1951¹⁸. Outra conferência internacional, realizada sob os auspícios das Nações Unidas em Viena em 1960, preocupou-se com um aspecto primordial da assistência judiciária: o direito à assistência do réu no processo criminal¹⁹. Sempre endossando amplamente o princípio de assistência judiciária, os delegados a essas conferências prometeram voltar aos seus países e neles esforçarem-se em favor do aperfeiçoamento da instituição.

Para facilitar a realização dêssa tarefa, outra conferência da “International Bar Association” propôs e, em 1960, organizou a Associação Internacional para Assistência Judiciária (ILAA). Êste órgão, com sede própria em

18. Veja-se, *Trabalhos do XXII Congresso da Union Internationale des Avocats*, Rio de Janeiro, 1951, p. 42 e seg..

19. Veja-se, Nações Unidas, *1960 Seminar on the Protection of Human Rights in Criminal Procedure (Viena)*, Nova York, 1960, *passim*.

Londres e funcionários e diretores provenientes de um grande número de países.

“não presta assistência judiciária diretamente, se não procura colaborar no aperfeiçoamento e na extensão de planos de assistência judiciária já existentes, bem como favorece o início de providências onde a assistência inexistir.”

“Como instituição unificada, a ILAA oferece meios adequados para intercâmbios de informações a respeito da natureza e escôpo dos serviços fornecidos por organizações de assistência judiciária em vários países, inclusive informações sôbre tratados, leis, e outras normas relacionadas com a assistência judiciária.

Ainda, a ILAA objetiva

“o desenvolvimento de facilidades e procedimentos para encaminhar casos de assistência judiciária numa base de serviço recíproco entre as agências cooperadoras”²⁰.

A assistência da ILAA mostra perfeitamente a seriedade dos países-membros perante a idéia de assistência judiciária. A Assistência já não é um ponto de interêsse ocasional, uma vez que tem — por assim dizer — sua própria estrutura. De fato, as realizações da ILAA nos poucos anos desde sua criação são notabilísimas. Talvez a mais importante delas seja a compilação de um guia de assistência judiciária, obra em dois tomos, que levou cinco anos para se fazer. Essa obra descreve os vários programas de assistência judiciária — quer públicos, quer

20. JOHN S. TENNANT, *Legal Aid Work — World-wide*, uma declaração mimeografada, emitida pela ILAA/ *The Law Society's*, Hall/ Chancery Lane/ London W.C. 2, England.

particulares — existentes em mais de 350 países, e dá simultaneamente informações sôbre a maneira de obter êsses serviços de assistência. Finalmente, fornece aos países que não tem plano de assistência judiciária exemplos de como realizar um programa, através de diversas condições sociais, econômicas, e jurídicas.

Outros trabalhos da ILAA incluem estudos sôbre as instalações de assistência judiciária em 21 países latino-americanos e sôbre as facilidades européias, assim como normas concernentes aos requisitos essenciais a um plano nacional de assistência judiciária.

Assim, sob a orientação da ILAA, muitas nações do mundo vêm dando o primeiro passo no aprimoramento de seus programas de assistência judiciária: um levantamento das instituições já existentes. Quanto à forma da reação a êsses recenseamentos, há evidentemente uma certa semelhança por parte dos países. A classe advocatícia constitui comissão para precisar as apontadas deficiências e para sugerir soluções adequadas; artigos saem nas revistas jurídicas; e conferências se organizam para debater o assunto. Por outro lado, quanto à substância da reação, houve e haverá efeitos variados, dependendo da etapa de desenvolvimento do país no campo de assistência judiciária.

Nos países onde a assistência judiciária ainda está pouco desenvolvida — principalmente na África e na Ásia — o problema consiste evidentemente na elaboração de um programa qualquer. Embora todos os juristas nesses países aceitem o princípio de haver um programa, as providências tendem a ser ignoradas se não esquecidas, em virtude de falta de verba, de pessoal profissional, até de sistemas de justiça bem estabelecidos. Mas, sem dúvida, existe dentro do conjunto governamental, social, e econômico dêsses países, um cabível programa de assistência judiciária, e portanto o primeiro problema é de demonstrar esta verdade. Assim, a própria ILAA está montando

um plano, através do qual advogados irão a determinados países a fim de assistirem e encorajarem a realização de programas apropriados.

Outros países, como os Estados Unidos, que mantinham programas de assistência judiciária mas de âmbito muito limitado, têm reagido às novas correntes internacionais e tentam ampliar e aprofundar êsses programas. Desde a histórica decisão da Côte Suprema norteamericana reconhecendo o direito do réu acusado a ter advogado, advogados, os Estados, e o Govêrno Federal dêsse país têm-se esforçado muito a criarem meios viáveis de assistência judiciária para as causas criminais. Conseqüências disso tem repercutido no processo cível, embora aí a Constituição Federal ainda não garanta assistência judiciária²¹. Por exemplo, em 1966, uma lei ordinária federal criou na Repartição de Oportunidade Econômica uma Divisão de Serviços Jurídicos, a qual custeia programas de assistência judiciária em todos os Estados americanos, gastando só no ano de 1967 uns 30 milhões de dólares²². Ademais, para o futuro estão previstos o desenvolvimento de programas nas regiões rurais, estudos e coletâneas na área da “lei dos pobres”, e o recrutamento de avogados dentre os grupos minoritários.

Quanto aos países que já estão com amplas provisões de assistência judiciária, as recentes determinações da ILAA requererão um ofício especialmente difícil, ou seja, uma rigorosa honestidade para com os programas existen-

21. Mas, é bem possível que a Côte Suprema norteamericana irá achar tal garantia na Constituição, conforme à técnica da “common law” V a sugestão disso em *Discriminations Against the Poor and the Fourteenth Amendment*, em *Harvard Law Review*, v. 81, p. 435 (1967).

22. A lei é “Economic Opportunity Act Amendments of 1966, § 2 (B) (1), tit. II, § 211-1 (B), 80 Stat. 1451” E, veja-se, *The Legal Services Program: Two Years Later*, um relatório apresentado na Convenção do “American Bar Association” em Honolulu, Hawaii, 1967.

tes, a fim de verificar se os mesmos realmente estão correspondendo na prática aos objetivos proclamados. De fato, onde a lei já providencia uma ampla assistência judiciária, há uma tendência a supor que tudo está correndo bem e poucas são as pessoas que se afligem em procurarem falhas. A Inglaterra, por exemplo, tem, desde 1947, um notável programa de assistência judiciária no forum cível, sob o qual o govêrno paga honorários ao advogado particular que defenda o cliente necessitado²³. Esse sistema sempre foi comentado com louvores²⁴. Ao mesmo tempo, porém, o réu pobre, na Inglaterra, não tem, em processo criminal, garantia de patrocínio gratuito profissional, isto ficando para o juiz decidir em cada caso²⁵. Logo se vê o potencial para abuso dêste estado de coisas (a experiência dos Estados Unidos antes do caso *Gideon* oferece um exemplo muito relevante) e, não obstante, os fatos da situação inglêsa ficam relativamente desconhecidos.

O Brasil parece representar outro país nesta categoria. Aí, desde 1934, o direito à assistência judiciária é reconhecido na própria Constituição — coisa rara no mundo até hoje — e a lei ordinária respectiva é amplíssima. Virtualmente em qualquer processo — civil, penal, trabalhista, ou militar — uma pessoa necessitada pode ficar isenta de pagar as custas do processo e, ao mesmo tempo, pode receber atendimento profissional gratuito²⁶. Contudo, há indícios admitidos pelos próprios elementos da assistência

23. O estatuto básico é o "*Legal Aid & Advice*, 1949, 12, 13, 14, Geo. vi, c. 51".

24. Veja-se, por exemplo, E. E. CHEATHAM, *op. cit.*, p. 59-67.

25. Veja-se o comentário de Sir PATRICK BRANIGAN em *Nações Unidas, 1960 Seminar on the Protection of Human Rights in Criminal Procedure (Viena)*, Nova York, 1960, p. 100.

26. Lei Federal n.º 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, consolidada as diversas leis federais que tratavam da assistência judiciária. A nova Constituição brasileira contém o preceito em seu Artigo 150, § 32.

judiciária brasileira de que a prática fica bem atrás da teoria. Em fim, sugere-se que ainda não se presta bastante serviço a um número bastante grande de necessitados²⁷. O problema, porém, está por ser enfrentado pelos apropriados grupos nacionais. Mas, é justamente através de tal confrontação, não resta dúvida, que países como o Brasil e a Inglaterra entrarão no espírito das novas correntes internacionais em favor de uma genuína assistência judiciária aos pobres.

III. Contemplando o futuro da nobre instituição de assistência judiciária nos vários países do mundo, há margem para um decidido otimismo. Todos os sinais apontam que haverá maior debate em tórno dessa assistência, não somente por causa de iniciativas da ILAA, mas também devido a iniciativas independentes dos países-membros. Ademais, tudo indica que o espírito de realizar reformas efetivas continuará nos países onde êle já se iniciou, e que, em certos outros países, tais reformas serão tentadas em futuro próximo. Do comêço ao fim, a liderança será exercida pela classe advocaticia, e isto não simplesmente porque o advogado considera a assistência como um dever profissional, mas sim porque êle, ao assumi-la, confirma que,

“a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz no mundo”²⁸.

27. Veja-se, nosso artigo já citado, *Assistência Judiciária no Brasil: Uma Pequena História quanto a uma elaboração dessas críticas*.

28. Do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

Letras de Câmbio das Sociedades de Crédito e Financiamento*.

Félix Ruiz Alonso

Introdução.

As Letras de Câmbio das Companhias de Crédito e Financiamento, que são Letras de Câmbio com uma função proeminente, têm sido o grande instrumento do Mercado de Capitais do Brasil. Continuam sendo os títulos mais procurados no mercado.

Parece-nos que, neste momento, êsses títulos de crédito merecem uma consideração tóda especial, precisamente pela significação transcendental que têm para a nossa economia em desenvolvimento, dado o volume crescente que atingem.

Graças às Letras de Câmbio das Companhias Financiadoras, os recursos que se situavam, no passado recente, em áreas especulativas ou improdutivas (poupança em moedas estrangeiras; aplicações no mercado “pararelo”, etc.) entraram no mercado de capitais e se aplicam agora no comércio e na indústria. Simultaneamente, a nossa população, que sempre se caracterizou por hábitos contrários à poupança, apreendeu a poupar. Hoje não só as grandes economias, mas precipuamente a pequena e média poupança, são orientadas ao mercado de “Letras de Câmbio”.

*. Trabalho apresentado, no segundo ano do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da U.S.P. em 1967.

Este estudo, cujo objeto é precisamente êsse título de crédito, o estudará sob vários aspectos: as peculiaridades da “Letra de Câmbio” das Financiadoras; a institucionalização dêsses títulos na nossa economia, a função das Financieiras e comercialização do aceite. No final acrescentamos alguns aspectos de política fiscal.

Propositadamente não se chega a conclusões radicais, embora se suscitem, neste trabalho, várias questões principalmente à volta do “crédito de aceitação”, numa tentativa de diferenciá-lo do “crédito comum”, para salientar as “Letras de Câmbio”.

Antes de finalizar esta breve introdução quero agradecer a colaboração do Dr. Filomeno Joaquim da Costa, sob cuja orientação realizei êste trabalho.

SUMÁRIO: I — “*A Letra de Câmbio: Generalidades*”.

1. Noção de Letra de Câmbio. 2. As partes da Cambial: Sacador, Sacado e Tomado. 3. O Direito Cartular. II — “*As partes da Letra de Câmbio das Financiadoras*”.
4. O Sacador: o creditado. 5. O Sacado: o financiador. 6. O Tomador: o portador. III — “*Crédito das Financiadoras*” 7. As operações das Financiadoras. 8. Operações Não-Bancárias. 9. O Crédito Bancário e o das Financiadoras. IV — “*Crédito de Aceitação*” 10. O Crédito de aceitação. 11. Modalidades mais usuais do crédito de aceitação. 12. A Institucionalização do aceite. V — “*A Negociação das “Letras de Câmbio”*”. 13. A Venda das “Cambiais”. 14. O Desconto das “Cambiais” 15. Os Particulares Empréstantes.

1. Embora êste trabalho cuide especificamente das Letras de Câmbio das Companhias de Crédito e Financiamento, dificilmente poder-se-ia tratar delas, sem se tratar previamente da Letra de Câmbio, em geral. Todavia não será necessário analisar aqui a cambial duma forma exaustiva, sendo suficiente relembrar os seus aspectos essenciais a fim de, em seguida, compreender-se melhor as peculiari-

dades e características da cambial própria das Financiadoras. A Letra de Câmbio é definida no nosso direito comercial¹ como uma ordem de pagamento, a qual deve conter, por extenso, os seguintes requisitos no contexto:

- I — A denominação “Letra de Câmbio”².
- II — A soma de dinheiro a pagar.
- III — A assinatura da pessoa que ordena pagá-la; chamada comumente: sacador.
- IV — O nome da pessoa que deve pagá-la; chamada comumente: sacado.
- V — O nome da pessoa a quem deve ser paga ou tomador. A letra pode ser ao portador.

Além dêsses há outros requisitos, porém não necessários, como são a data e o lugar de emissão, data de vencimento e lugar de pagamento.

Se pretendêssemos dar uma noção mais sintética, poderíamos dizer que a Letra de Câmbio é um título de crédito pelo qual uma pessoa, o sacador (ordinariamente, credor), ordena a outra, o sacado (ordinariamente, devedor dela), que pague determinada importância a um terceiro, tomador (ou beneficiário da ordem).

Esta, a concepção histórica da letra, que pressupõe, como facilmente se depreende, uma relação obrigacional entre o sacador (credor) e o sacado (devedor). Por exemplo, se o médico Caio prestou serviços profissionais ao paciente Cícero, poderá sacar uma letra de câmbio contra o paciente devedor, pelo valor da consulta, a fim de reaver-lhe a importância. O sacado (Cícero) poderá ainda aceitar a Letra, o que é praxe fazer, no mesmo

1. Título I da Lei n.º 2044 de 31.12.1908.

2. Diz ainda o artigo 1.º da lei 2044, em referência, que poderá levar a expressão equivalente da língua em que fôr emitida “lettre de change”; “lettera di cambio”; “gezogener Wechsel” etc.. O que abre tôda uma série de possibilidades a êste título, no campo internacional, comercial e financeiro.

título, transversalmente. Naturalmente o aceite confirmará a validade do saque.

2. A Letra de Câmbio emite-se, em princípio, em benefício do próprio sacador, mas êste, pelas razões que forem, poderá indicar um terceiro como beneficiário do saque.

Ponhamos por caso que o médico, Caio, de nosso exemplo, tenha recebido o valor da consulta de um amigo: de Clemente. Neste caso poderá indicar na carta formal dirigida ao paciente Cícero, que pague a Clemente.

Ainda a nossa lei, permite que o beneficiário não seja designado, mas fique no anonimato. É o caso da chamada “Letra de Câmbio ao Portador”.

Em conclusão, temos três sujeitos beneficiários possíveis, na nossa cambial: 1.º o próprio sacador, 2.º um terceiro designado e 3.º um anônimo ou portador. Ainda caberia, se se desejasse, um quarto caso: em que o portador fôsse o mesmo sacador.

Dentre os beneficiários interessa salientar o fato de ter admitido a nossa lei a Letra ao Portador, contrariamente ao que a legislação uniforme de Genebra concluiu e recomendou aos países participantes, entre os quais o Brasil se incluía³. Evidentemente o legislador pátrio em 1908 levou em consideração as inumeráveis vantagens que se depreendiam dos títulos ao portador, máxime num país em formação, onde o rigorismo excessivo prejudicaria.

As Letras podendo ser ao portador, posteriormente, permitiriam o lançamento do título objeto de nosso estudo, que é ao portador, e conseguiu-se assim a captação de um volume amplíssimo de recursos, graças ao anonimato dos tomadores.

3. A Lei Uniforme relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias foi assinada pelo Brasil, representado por Deodécio de Campos, em Genebra, aos 7.6.30. Embora dificilmente se possa contestar a vigência “de iure” da lei Uniforme, todavia é ponto pacífico que de fato não rege os nossos usos cambiários. A Letra de Câmbio ao portador, concretamente, é uma realidade incontestada, no Brasil.

3. Pondo de parte outras considerações gerais sôbre a Letra de Câmbio, interessa aqui destacar algumas de suas características singulares, por estarem enquadradas entre os títulos de crédito, no chamado direito literal ou cartular. (da voz italiana “cartolare”).

As características dos títulos são:

1) A Letra de Câmbio tem, por si só, valor constitutivo. Isto significa que não interessa a relação originária, básica ou fundamental de que se origina. Pouco importa se o médico do nosso exemplo desempenhou bem os seus cuidados profissionais ou se Cícero teve uma recaída posterior pela qual se recuse a pagar a consulta. O fato que não admite discussão é o saque explicitado por extenso de Caio contra Cícero.

A relação cambiária, com base no direito cartular, é independente da relação básica, subjacente ou fundamental que exista entre as partes da Letra; é constitutiva “per se”. Cícero deverá pagar, sem mais discussão ao médico Caio. Só depois, se o quiser, poderá ir contra êle, com base na relação originária.

2) A Letra de Câmbio não guarda relação com a sua causa. “Inclusive pode ocorrer que não exista nenhuma relação subjacente. Mas exista ou não exista, o título cambiário nada tem com a relação jurídica que subjaz ou sôbrejaz. Por isso mesmo que êle não tem causa, que é ôco de causa, é que se presta a encobrir ou cobrir a causa de alguma relação jurídica estranha. Encobrir ou cobrir, porém não fazê-la sua”⁴.

Esta doutrina jurídica faz da cambial um título extraordinariamente indicado para a concepção e

4. PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito Cambiário*, Vol. I, “Letras de Câmbio”, São Paulo, 1954, p. 20.

configuração das mais variadas operações. Pode-se emitir a cambial sem relação obrigacional pré-existente, pode-se chegar ao extremo de sacar Letras contra pessoas que nada devem ao sacador, são as chamadas Letras de favor, ou então emití-las contra pessoas que, embora na data da emissão não são devedoras, se-lo-ão na data do vencimento da Letra. Êste é o caso das “cambiais” emitidas contra a Financiadora, que nada deve ao sacador, para que as aceite. Mas sôbre esta particularidade voltaremos logo.

3) Ainda se fala de outras propriedades, tais como de um “direito autônomo”⁵ que desvincularia o título de sua origem e estados anteriores; de um “direito abstrato”⁶ que justifica a relação cambiária e tôda a livre movimentação do título, etc. Mas parece-nos que tudo isto se inclui atualmente no já elaborado direito cartular⁷.

4. Dissemos, falando da relação obrigacional subjacente à Letra de Câmbio, que normalmente o sacador é o credor da obrigação. No exemplo que púnhamos, o sacador é o médico, Caio, a quem o sacado, Cícero, deve certa importância.

Seria absurdo que o sacador fôsse Cícero, contra o credor Caio. Mas esta inversão, à primeira vista incompreensível, é a que aparece nasambiais das financiadoras. A pessoa física ou jurídica que demanda o crédito é

5. ASCARELLI, TULLIO — *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Saraiva & Cia. Editores, São Paulo, 1943, p. 78.

6. Cfr. FERREIRA, WALDEMAR, *op. cit.*, p. 46-47, PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 20-21, ASCARELLI, TULLIO, *op. cit.*

7. ASCARELLI, TULLIO: “... A tendência dêstes estudos em procurar princípios básicos fundamentais, mesmo quanto à natureza do direito cartular, comuns a todos os títulos de crédito” *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, trad. Nicolau Nazo, Saraiva, São Paulo, 1943, p. 364.

quem saca as Letras de Câmbio — e precisamente as saca contra a mesma Companhia credora, que lhe proporcionará os recursos.

Porhamos como exemplo o caso de uma conhecida cadeia de lojas de geladeiras que solicitasse crédito e o obtivesse. Se a forma usada para a sua concessão fôsse o chamado “contrato de abertura de crédito”, com Letras de Câmbio, então as lojas seriam as sacadoras das cambiais e a Companhia Financiadora seria o sacado.

Esta situação, que parece anômala, se justifica com base em dois aspectos peculiares destas operações, a saber: a) provisão e b) o crédito de aceitação:

a) a provisão consiste numa série de garantias, as mais variadas, que possibilitarão ao financiador ter os fundos correspondentes do sacador, na altura aproximada do vencimento.

A provisão ordinariamente é feita mediante títulos duplicatas, que se entregam em caução, e que vencendo antes do prazo do vencimento das Letras, asseguram ao financiador a cobertura da importância devida⁸. Chegado o vencimento das Letras, graças à provisão de fundos, normaliza-se a situação das partes, sacador e sacado, como credor e devedor respectivamente conforme aparecem na cambial: o sacador terá provido os recursos à Companhia sacada, e esta será realmente devedora da importância a pagar no vencimento.

Continuando com nosso exemplo, a Companhia de Crédito e Financiamento terá em seu poder, na data do vencimento, fundos das lojas de geladeiras

8. Quando o financiador não cauciona duplicatas, emitidas pelo creditado, costuma exigir dêle em garantia, segundo permite a atual regulamentação destes financiamentos, quer bens alienados fiduciariamente, quer bens em penhor. Além disso, existem sempre notas promissórias emitidas pelo financiado a favor da Financiadora, e com avais suficientes, que garantem a provisão dos fundos necessários antes do vencimento das Letras de Câmbio.

e portanto estas serão credoras daquela. O saque, portanto, que foi feito, estará regularizado no vencimento.

b) o crédito de aceitação fundamenta-se no contrato de provisão a que acima nos referimos. Evidentemente, dada a abstração das cambiais a respeito de sua origem ou fundamento, o banqueiro ou qualquer outra pessoa poderia aceitar cambiais sacadas contra ela por puro favor e sem mais exigências — mas é desnecessário lembrar aqui que banqueiro nenhum, dada a prudência e segurança que os caracteriza, aceitaria letras sem ter a certeza da necessária provisão.

O crédito de aceitação é o crédito que se obtém porque um banqueiro (“banker’s acceptance”) ou uma sociedade solvente se presta a pôr a sua assinatura, aceitando o saque contrário de outrém. Quer dizer, em primeiro lugar se obtém o aceite e em seguida, graças a isso, se obterá também o dinheiro.

“Mediante o uso dêste procedimento original de financiamento, o banqueiro aceitante tem a possibilidade de estender o crédito de que êle goza e de beneficiar com êle o seu cliente comercial, sem desembolsar importância alguma e sem imobilizar quaisquer fundos”.

O crédito de aceitação não é novidade nos usos bancários. Desde longa data os banqueiros, aproveitando a agilidade cambial, outorgam o seu aceite a clientes a fim de efetuarem os seus negócios. Por outro lado, tomam as garantias suficientes a fim de possuírem, no vencimento da cambial, a cobertura de que precisarão.

9. CORCELLE, CARLOS, *Créditos por aceptación en los Bancos*, em “Industrias y Finanzas”, a. XV, n.º 171, Buenos Aires, Março, 1936, p. 4.308.

No nosso país, por exemplo, por ocasião da exportação do café, os comissários aceitavam Letras sacadas pelos agricultores e, a seguir, as descontavam nos Bancos. No vencimento, os comissários-exportadores pagavam as cambiais com o produto da exportação da própria safra.

A aceitação, portanto, para se conseguir ou reforçar o crédito de outrém, não é novidade. A novidade está no aparecimento de banqueiros especializados no aceite, e ainda no seu entrosamento com uma determinada forma de financiamento. As Companhias de Crédito e Financiamento são Companhias que se constituem precipuamente para prestarem o seu aceite; e usá-lo como alavanca para obterem assim os recursos de que precisa a clientela a ser financiada.

5. À primeira vista, parece um contra-senso que o sacador seja o devedor e o sacado (seja) precisamente a financiadora, que proporciona os recursos.

Este contrasenso aparente se justifica em função do crédito de aceitação. Em realidade a financiadora não é nem devedora originariamente nem empresta dinheiro — embora exista justa causa para sacar contra ela.

Estas noções, ao longo dêste trabalho, ir-se-ão esclarecendo até se tornarem patentes. Contudo, a provisão de fundos faz que a financiadora, na ocasião do vencimento, seja realmente devedora, segundo consta formalmente na letra.

De outro lado, o fato de que a financiadora não empreste pròpriamente numerário e que, por conseguinte, não se possa considerar por isso credora, se depreende da própria atividade dela, simples intermediária entre os aplicadores — que são os verdadeiros mutuantes — e os financiados.

6. Título ao portador é o escrito que consigna a obrigação de pagar a quem quer que se apresente com êle¹⁰.

“O simples possuidor legitima-se como titular do direito, e quem, no caso concreto, possuir o título, será por isso mesmo considerado titular”¹¹. Os títulos de crédito ainda podem ser nominais e à ordem. Nestes casos, o tomador do título é expressamente mencionado, pelo seu nome, no título.

No caso das letras de câmbio, o legislador julgou conveniente concebê-los como títulos ao portador¹². A razão que o conduziu a isso foi a consideração da função concreta que as cambiais teriam de desempenhar: seriam adquiridas pelos cidadãos de um país, note-se bem, com uma economia em estado inflacionário, com uma administração fiscal deficiente e com um importantíssimo mercado paralelo de capitais.

Se a circulação desses títulos, desde o início, fôsse controlada — como seria no caso em que os cidadãos compradores tivessem de fazer constar os seus nomes — o resultado a esperar seria pequeno. Era evidente a conveniência de que êsses títulos fôsem ao portador, a fim de se concentrar no mercado legal de capitais o volume gigantesco de recursos que se movimentavam marginalmente — como é do conhecimento geral. Realmente, o resultado atingido foi surpreendente e excedeu amplamente quaisquer previsões: o total de cambiais em poder do grande público, no fim de 1967, alcançava a cifra dos

10. Cfr. CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, vol. V, 1926, p. 276.

11. ASCARELLI, TULLIO, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, São Paulo, 1943, p. 225.

12. INGLES DE SOUZA, H. Falando acêrca dos títulos ao portador, no Brasil, diz “Nêste assunto não se tem procurado seguir o regime dos países de que andamos sempre imitando alguma coisa”. “Títulos ao portador no Direito Brasileiro”, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1898, p. 78.

NCr\$ 1.800.000.000,00 (um bilhão e oitocentos milhões de cruzeiros novos)¹³. As cifras alcançadas são ainda irrisórias, já que os valores em questão recém nasceram.

A não identificação dos tomadores, para acabar, é não só o mais conveniente, no plano real, como se tem demonstrado, mas também essencial aos títulos ao portador. Pretender a identificação nos títulos ao portador seria um contrasenso¹⁴.

13. ALMIRO, AFFONSO: *Letras de Câmbio: Excelente Papel*, Conferência pronunciada no Conselho Técnico da “Confederação Nacional do Comércio”, Rio de Janeiro, 28.9.1967. Nessa conferência, citou os seguintes dados:

Agosto 1962 — 32 Companhias de Cambiais, NCr\$ 41.242.000, em L.C.

Agosto 1967 — 195 Companhias de Cambiais, NCr\$ 1.360.000.000, em L.C.

Por êstes dados se entrevê a importância dêste mercado e o seu rapidíssimo crescimento. Em agosto de 67, operavam exatamente 185 Companhias; sendo Bancos de Investimentos, de recente fundação, os 10 restantes estabelecimentos, devedores de NCr\$ 260.000.000,00 de aceitações.

Finalmente, no fim de dezembro de 67, eram 196 as Companhias e apresentavam exatamente um total de aceitações de NCr\$ 1.788.254.810,00 (um bilhão, setecentos e oitenta e oito milhões e duzentos e cinquenta e quatro mil e oitocentos e dez cruzeiros novos).

14. Referimo-nos à formalidade de ordem fiscal recente, que exige a identificação dos proprietários dos títulos, a fim de pagarem uma tributação menor sobre a renda que auferirem. Poderão todavia permanecer no anonimato, pagando uma tributação maior. Embora mais gravosa para os portadores, a única fórmula cabível é a de não identificação. Manter a natureza das instituições é principal e o fisco não pode cair em extremos, apoiado na autonomia das instituições fiscais. É extremamente perigoso desprezar os limites naturais das instituições.

Por outro lado, se a pretensão do legislador fiscal é conhecer os proprietários reais dos recursos investidos nas cambiais, não pode perder de vista que o possuidor do título no resgate pode não ser o seu real beneficiário. O tomador real do título poderia, no vencimento, entregá-lo fiduciariamente a outra pessoa para que legitimamente o

7. Embora as Letras de Câmbio, pelo fato de “per se” constituírem direito, nada tenham a ver, no plano funcional, com a causa jurídica que lhes deu origem, não podemos esquecer que, na realidade, têm uma causa. No nosso caso, o contrato de abertura de crédito que as origina e suporta é a primeira peculiaridade a ter em conta. O crédito chamado de aceitação é um contrato de crédito especial, mas antes de nos adentrarmos nele, convém dar uma visão da atividade e operações das Financeiras.

A Portaria 309 de 1959, criando as Sociedades de Crédito e Financiamento, visa precisamente instaurar e regulamentar o crédito a médio e longo prazo — como é sabido.

O documento é amplo e o suficientemente flexível de maneira a permitir o desenvolvimento de uma atividade, então incipiente entre nós, sem tolhê-la ou cristalizá-la em moldes pré-fabricados. Essa atividade não deveria ser uma atividade bancária a mais. As novas instituições não poderão criar moeda escritural ou bancária. Poderão receber recursos de terceiros, a prazo médio e longo, mas de forma tal que os recursos já tenham uma aplicação. Não poderiam ficar depositados nas novas instituições, à livre disposição dos proprietários respectivos. A conta-corrente movimentada por cheque não seria operação passiva destas Sociedades. Os recursos entram e saem integralmente.

“Os recursos de terceiros (diz a Portaria, em seu art. V) ... compreendem:

- 1) os destinados a operações pré-determinadas — hipótese em que não poderão ficar sem

cobrasse e, dêste fato, não se pode concluir que êsse fiduciário seja proprietário dos recursos aplicados. Se inquirido, pode ainda fazer saber, com pleno direito, que é um mero detentor fiduciário ou proprietário fiduciário do título e que não é o proprietário dos recursos. E confessando isso, ninguém poderá exigir-lhe outra coisa, por ser legítima essa posição, e perfeitamente cabível nos títulos ao portador, na forma de direito.

aplicação, transcorrido(s) prazo(s) de quinze (15) dias;

2) o levantamento de recursos mediante quaisquer operações de crédito.

Ainda fala êsse artigo da constituição de fundos de participação como uma terceira forma de angariar recursos de terceiros. Mas o que importa salientar é a nova atividade, não bancária, exclusivamente intermediária, e também a liberdade que a Carta das Financiadoras deu para que os financiadores criassem as operações que melhor se adaptassem às novas características e condições.

Sòmente no art. XXI, em que se fala expressamente das “operações” das Sociedades de Crédito e Financiamento, faz-se menção das Letras de Câmbio, por um lado, e da prestação do aceite, por outro¹⁵.

Na verdade o uso comercial e sucessiva regulamentação impuseram o “contrato de abertura de crédito” com “as Letras de Câmbio sacadas para o aceite da Sociedade” como operação típica das novas entidades mercantis.

Outras operações poderiam ter sido ou poderão ser utilizadas, mas, ao nosso estudo, interessa a operação que de fato se utiliza, e o título de crédito de que se serve.

A sucessão das coisas, para concluir, mostra que a Carta das Financiadoras não criou uma nova Letra de

15. “Observadas as demais disposições desta Portaria, poderão ser praticadas as seguintes operações:

Pelas sociedades de crédito e financiamento:

- a) transações sob contratos de mútuo; financiamentos de compra ou venda, garantidos por qualquer dos meios admitidos na praxe bancária, exceto a caução de certificados de fundos instituídos pela própria sociedade, pelas sociedades congêneres ou pelas de investimentos;
- b) negociações de títulos de crédito, como duplicatas, notas promissórias, e letras de câmbio;
- c) participação em operações determinadas, de interesse de outras empresas;
- d) financiamento da exportação ou importação de mercadorias;
- e) prestação de aceite ou aval em operações comerciais.

Câmbio. Os Financiadores se servem da Letra de Câmbio comum, para atender ao crédito a prazo médio.

8. As Companhias de Crédito e Financiamento são instituições intermediárias em operações pré-determinadas. Isto quer dizer que os recursos que se captam de terceiros destinam-se a financiamentos já pré-estabelecidos. Mais concretamente, operação pré-determinada significa, sob o ponto de vista técnico-contábil, que ao exigível por responsabilidade cambial corresponde um lançamento igual ao realizável por operações cambiais. Os passos de uma operação desta classe de financiamento são os seguintes:

1.º — A pessoa, física ou jurídica, que necessita do crédito, solicita-o à financiadora, sacando as Letras de Câmbio contra ela.

2.º — A Financiadora, que tem um “know how” especializado¹⁶, com base neste, aceita as letras e as desconta com particulares, ordinariamente através de corretores, obtendo-se os recursos necessários após a venda das “Letras de Câmbio”.

3.º — Credita os referidos recursos, procedentes da colocação das Letras de Câmbio, na conta-corrente da pessoa financiada.

No contrato de crédito assinado entre o creditado e a Financiadora, faz-se especial menção dêste último fato: que só creditará o valor do crédito na medida em que se forem colocando as letras, sacadas pelo creditado, que a

16. Êsse “know how” consiste em: 1.º Conhecimento aprofundado dos que solicitam o crédito, através de informações e cadastros; 2.º) Conhecimento dos sistemas ágeis e juridicamente seguros, para formalizar as operações; 3.º) Clientela para colocação das “Letras de Câmbio”; 4.º) Aparelhamento exigido para acompanhar até bom termo a operação; 5.º) Diretorias e organizações que mereçam confiança, pelo seu nível ético e de competência etc.. Por êstes requisitos se compreende a necessidade de sociedades formadas exclusivamente para reuni-los. São as Sociedades de Crédito e Financiamento.

Financiadora se compromete a aceitar. Inclusive, entre os documentos que acompanham o contrato, existe sempre uma carta, dirigida ao financiador, na qual o creditor-sacador relaciona os saques e solicita os serviços do financiador para vender as Letras de Câmbio em questão. As importâncias procedentes da venda, à medida que se obtém, creditam-se na conta do financiado¹⁷

9. O crédito concedido pelos banqueiros tradicionalmente é diferente. Não realizam os Bancos operações pré-determinadas. Por um lado, recebem os depósitos de terceiros e por outro lado, sem referência alguma aos credores, efetuam indeterminada e indiscriminadamente as suas operações ativas¹⁸. Para os credores só existe um devedor: o Banco. Ignoram a quem emprestou os depósitos. Isto permite aos estabelecimentos bancários, quando concedem crédito, colocarem imediatamente à disposição

17. No financiamento ao consumidor ou usuário final, que efetua uma compra à vista, naturalmente faz-se necessário pagar de imediato. Não entregando o preço, na hora, não se consumiria a compra-venda à vista. Nestes financiamentos especificamente a Financeira vê-se na contingência de entregar a importância financiada antes de vender as correspondentes Letras de Câmbio.

Por conseguinte, nos financiamentos ao consumidor o desenrolar da operação se processa seguindo os passos inversos ao financiamento que poderíamos qualificar de típico. Primeiro se credita ao financiado e, em seguida, se vende a Letra para repôr a importância paga.

18. Essas operações ativas, os empréstimos, nascem precisamente da grande descoberta, verdadeiro fulcro da atividade bancária, que foi saber que mantendo um encaixe relativamente pequeno, dos depósitos, o restante poder-se-ia emprestar sem correr o menor risco.

De resto os empréstimos concedidos convertem-se em novos depósitos que ocasionam outros empréstimos. Esta a gênese da chamada moeda escritural que vem a engrossar o meio circulante, somando-se ao papel moeda. No mundo moderno a moeda bancária vêm representando os 70 ou 75 % aproximadamente do total dos meios de pagamento. Nos países desenvolvidos chega a ser inclusive mais de 75%. Esta percentagem — como é sabido — está em função da percentagem de encaixe estabelecida pelo Banco Central em cada país.

do financiado o valor do empréstimo. A fórmula usual é a de creditar-lhe na conta-corrente a importância acordada, da qual poderá dispor imediatamente.

O contrato de abertura de crédito que tradicionalmente se usava e estudava tinha como efeito imediato a concessão do crédito¹⁹, já que o creditor efetuava o contrato sendo já possuidor dos recursos necessários. A modalidade de financiamento que nos interessa, na qual o financiador não possui recursos para financiar, mas apenas o nome e prestígio indispensáveis para os obter, é uma modalidade de operação diferente, que se consolidou há pouco mais de um século, na Inglaterra, e depois se elaborou e estruturou definitivamente nos Estados Unidos, de onde se estendeu a outros países.

Os nossos tratadistas, quando falam de concessão de crédito, e embora os seus princípios continuem válidos, não cogitavam desta modalidade específica. Referem-se, em geral, ao crédito bancário concedido segundo as formas tradicionais²⁰.

Para CARVALHO DE MENDONÇA, “O contrato de abertura de crédito é aquêle, mediante o qual, um dos contratantes se obriga a por à disposição de outro fundos até deter-

19. DONADIO, GIUSEPPE, *Sulla Natura Giuridica dell Apertura di Crédito* in “Banca Borsa Titoli di Credito”, Dott. A. Giuffré Editore. Milano 1937, fascículo n.º 1 “Quale é l’effetto immediato del contratto? Tecnicamente, da parte della banca accreditante — l’accantonamento di una soma di danaro per potese far fronte agli ordini del cliente — accreditato — la intestazione di un conto al nome di lui e l’avviso, fatto tenere ad esso, di essere pronta ad eseguire i suoi ordini; economicamente, la privazione del godimento della somma di danaro accantonato; giuridicamente, l’obbligo di mettersi in condizione di soddisfare gli obblighi del cliente, nei limiti della somma accreditata e con la modalita concesse per la sua utilizzazione”, p. 138.

20. FERREIRA, WALDEMAR. Em sua obra *Instituições de Direito Comercial*. Vol. III, *Os Contratos Mercantis e os Títulos de Crédito*, se refere a carta de crédito, forma em que o nosso Código Comercial trata do contrato de crédito, dizendo que os seus elementos específicos são: a) a determinação nominal do creditado e b) a limitação da

minado limite”²¹. Evidentemente não é esta a obrigação da Financiadora para com o creditado. A Financiadora não empresta fundos, entre outras razões porque não possui fundos para essa finalidade. Com maior razão não se obriga a por fundos imediatamente ao dispor do financiado.

A frase “por fundos à disposição, deixa em relêvo que, concluído o contrato, o creditor obriga-se a desde então abrir o crédito ao outro contratante”. . . O creditado adquire desde logo o direito de dispor dos fundos postos a seu crédito, sendo-lhe permitido, quando queira, tornar atual a obrigação do creditor.

Tudo isso se deve levar em consideração quando consideramos o “contrato de abertura de crédito” que fundamenta as “Letras de Câmbio”. Não se pretende corrigir a natureza do “contrato de crédito”, para o contrato que realizam a Financiadora e o creditado, mas sim notar que a função da Financiadora não é a mesma que nas operações de crédito tradicionais desempenhava o creditor, porque resumindo:

- a) A função da Financiadora não é conceder crédito com os seus próprios recursos mas outorgar o seu aceite, a fim de que o financiado obtenha assim o crédito que necessita e

quantia posta ao seu dispor, p. 179. Nesse “posta ao seu dispor”, evidentemente há uma simultaneidade, que no caso do crédito concedido pelas Financiadoras inexistente.

GOMES, ORLANDO. Em sua recente obra *Contratos* também considera precipuamente o contrato tradicional bancário. Diz à p. 326: “A abertura de crédito é o contrato pelo qual se obriga um Banco a colocar à disposição do cliente determinada soma para ser utilizada, no todo ou parceladamente” Vemos aqui êste contrato fundamentado no “mutuo” entre um Banco, como mutuante, e o cliente como mutuário. O mutuante põe à disposição do cliente determinada soma — a qual será movimentada “ad nutum” pelo cliente, sacando contra ela desde o primeiro momento.

21. *Tratado de Direito Comercial*, vol. VI, 265.

b) A Financiadora não credita ao financiado recursos próprios, mas os recursos especialmente levantados de terceiros, graças às Letras de Câmbio.

Concluindo, parece-nos que para uma maior precisão conceitual, quando nos referimos a estes contratos de crédito deveríamos sempre chamá-los “contratos de crédito de aceitação”, ou “por aceitação”²². A seguir passaremos a estudar mais pormenorizadamente esta especialidade de crédito.

10. O crédito de aceitação que, repetimos, é o tipo de crédito em que se especializam as Companhias de Crédito e Financiamento, embora não seja novidade no comércio de dinheiro, tem um aspecto que convém salientar neste estudo. Esse aspecto novo é, numa palavra, a sua “institucionalização”.

Vejam, em primeiro lugar, em que consiste o crédito de aceitação. Poderíamos defini-lo como o aceite que o banqueiro (ou uma sociedade solvente) apõe na Letra de Câmbio sacada contra êle, a fim de que se possa descontá-la facilmente, em benefício do sacador, aproveitando-se assim o crédito que inspira o aceitante.

O Dr. CORCELLE, no trabalho citado, expõe essas mesmas idéias da maneira seguinte: “Uma abertura de crédito por aceitação significa sempre o saque — por outra

22. Outra denominação genérica possível seria a de “contratos de financiamento”, já que o termo financiamento é mais amplo que o vocábulo “crédito”. O crédito é uma espécie de financiamento: o financiamento imediato. Teríamos então um gênero mais amplo, o gênero “contratos de financiamento”, que poder-se-ia dividir em “contratos de crédito”, “contratos de financiamento por aceitação” e ainda outros. Não nos parece conveniente, contudo, sugerir nenhuma mudança de nomenclatura, porque os inconvenientes que traria, dado o uso introduzido de longa data, não compensaria a clareza conceitual que pudesse aportar. Por outro lado, trata-se de conceitos em formação, ainda imaturos.

parte absolutamente regular — duma Letra de Câmbio sôbre um banqueiro que empresta a sua assinatura, o aceite por parte dêste, e a negociação com outro banqueiro descontador”²³.

E ainda CORCELLE acrescenta outra característica que convém considerar: “Por último — diz — não deixaremos de assinalar êste outro rasgo comum a quaisquer modalidades de crédito por aceitação, que é o que torna possível o uso do crédito do qual goza um banco (o aceitante) sem nenhuma imobilização de fundos por parte dêste”²⁴.

Disto tudo podemos enumerar uma série de características do crédito de aceitação:

1.º) O saque duma pessoa que necessita de dinheiro, contra um banqueiro que não é devedor dela.

2.º) A aceitação da cambial por parte do “banqueiro de aceitação”, que não empresta dinheiro algum.

3.º) A negociação subsequente da Letra aceite, por outro banqueiro. É por conseguinte um título preparado, na fase pré-institucional, para o desconto bancário.

Ainda poderíamos acrescentar uma quarta característica complementar que é a provisão de fundos por parte do sacador e em tempo hábil, a favor do banqueiro sacado. Mas esta quarta característica pertence à fase diríamos post-bancária do crédito de aceitação ou fase institucional. Enquanto o crédito de aceitação era realizado pelos banqueiros tradicionais, a provisão não tinha grande relêvo²⁵.

23. CORCELLE, CARLOS: *op. cit.*, p. 4304.

24. CORCELLE, CARLOS: *op. cit.*, p. 4305.

25. Resumindo, e para dar forma às idéias expostas, diríamos que o “crédito de aceitação”, conhecido de longa data e praticado circunstancialmente pelos Banqueiros tradicionais, foi ganhando corpo até chegar a institucionalizar-se. Surge então um novo tipo de banqueiro, o “banker’s acceptance” que não recebe depósitos nem concede empréstimos, como os banqueiros tradicionais, mas que se especializa no aceite — e nas formas de provisão, como um pré-requisito da aceitação.

11. A fim de aprofundar mais no crédito de aceitação, que é uma instituição importante para a boa compreensão do nosso estudo, convém mencionar embora sumariamente as operações em que vem sendo usado, e em que ainda se utiliza.

a) O crédito documentário de aceitação — Usa-se no comércio internacional. Pressupõe uma transação de importação-exportação²⁶.

O importador começa por abrir, com o seu banqueiro, um crédito a favor do exportador. Êste emite a seguir as Letras contra o banqueiro que, aceitando-as, as remeterá de volta a fim de que o exportador-vendedor possa descontá-las.

Naturalmente, o banqueiro aceitante não aporia o seu aceite se não tomasse outras precauções a fim de garantir a devida provisão. Essas garantias são dadas com os documentos que recebe através do banqueiro (correspondente) que descontou as cambiais do exportador: o conhecimento de embarque, o frete, a apólice de seguro, etc.. Êsses documentos só os entrega ao importador contra a cobertura, ou então serão trocados por outras garantias que assegurem a provisão.

b) O aceite para levantamento de recursos — É um crédito de aceitação bem semelhante ao nosso. Os Bancos aceitam letras sacadas contra êles, por algum cliente, a

26. “O Instituto tem a sua origem na prática adotada por importadores ingleses, em fins do século XVIII, de obter, para maior garantia dos exportadores estrangeiros, o aval de comerciante de grande reputação, mediante o pagamento de uma comissão, cujo dispendio era compensado pela facilidade em negociar os títulos assim avalizados. Pouco a pouco, êsses mesmos comerciantes passaram de avalistas a aceitantes, mudando da posição de garante para a de devedor principal, evoluindo, assim, para o papel de banqueiros, conhecidos sob a designação de “*marchant bankers*”. JEAN ESCARRA, *Course de Droit Commercial*, Paris, 1952, p. 972, nota 1. Transcrito no parecer dos Prof SYLVIO MARCONDES e HELIO RODRIGUES — em bibliografia.

quem pela baixa disponibilidade, por exemplo, não poderiam atender sob pena de se ocasionar um descoberto em caixa. O próprio banco aceitante, geralmente, se encarrega de descontar as aceitações, a fim de atender o cliente com os recursos obtidos.

É uma operação pouco interessante para o banco: a baixa liquidez é passageira, e os saques o obrigam durante um prazo ordinariamente demasiado longo. De resto, os Bancos têm outros procedimentos (o redesconto, por exemplo) para salvar as situações momentâneas de baixa disponibilidade.

c) Regularização da balança comercial — Ainda se tem usado o crédito de aceitação para normalizar desequilíbrios entre as balanças de dois países. O país devedor, nessa circunstância, aceita os saques do credor.

Usa-se ademais em alguns outros casos; mas, note-se bem: sempre se trata de operações esporádicas, secundárias ou complementares. O uso maior e mais conhecido que se tem feito é precisamente no “crédito documentário”, cuja função complementar, consiste em ser instrumento de liquidação nas operações de comércio estrangeiro. A aceitação, efetuada pelos banqueiros tradicionais, é sempre um meio accidental no contexto bancário.

12. É difícil que surjam novidades. Todos sabem que o que se chama muitas vezes “novo” é “antigo”. As novidades freqüentemente consistem em destacar algum aspecto de coisas conhecidas. No nosso caso, a novidade consiste em se ter institucionalizado uma especialidade de crédito.

O crédito de aceitação já era praticado no comércio de numerário, tendo um uso restrito, segundo já se viu. Era uma operação mais de caráter auxiliar, dentro do que era realmente importante: o comércio de crédito.

Quando o banqueiro aceitava o saque, contra êle emitido, normalmente não cuidava de garantir “a priori” a

provisão de fundos, pôsto que o aceite descansava na confiança que merecia o sacador.

Finalmente, a letra aceita tinha um desconto certo e até predeterminado. Habitualmente, outro banqueiro a descontaria.

À volta da aceitação construiu-se, no nosso século, todo um mercado que alcança proporções gigantescas. No Brasil, o mercado é recente e começou a ser regulamentado em 1959²⁷; as primeiras instituições no ramo tinham aparecido poucos anos antes.

As Companhias de Crédito e Financiamento têm como atividade precípua a aceitação e, à volta dela, gira tóda a sua atividade, que essencialmente consiste em:

1.º — Seleção das pessoas (físicas ou jurídicas) às quais possa dar o aceite;

2.º — Garantir a provisão de fundos do sacador, na altura do vencimento dos saques.

Temos portanto, com a institucionalização do aceite, a institucionalização de um contrato de provisão, que é o suporte e a causa daquele.

E à volta desta atividade básica se desenvolve tóda uma atividade auxiliar: de “contrôle”, contábil, cadastral, cobrança, colocação das cambiais etc. que dá lugar a outros tantos setores de atividades e que contribuem ainda mais para, no mundo dos negócios, se colocarem as financiadoras entre as instituições financeiras de real importância.

A colocação das Letras de Câmbio, para concluir, é outro dos aspectos que convém destacar, porque a institucionalização destes títulos acarretou a criação dum mercado, inteiramente novo, que absorvesse as aceitações: já se não tratava de cambiais que os próprios banqueiros

27 Portaria 309 de 30.11.1959. “Regula a constituição, o funcionamento e as atribuições das sociedades de crédito, financiamento e das de investimento”

descontariam, mas de uma quantidade enorme de papel que, com a sua institucionalização, iria necessitar, como complemento necessário da formação de um mercado pré-determinado de capital²⁸.

13. Na linguagem comum, quando se coloca a cambial com os particulares, diz-se que se vende a Letra. Conviria aprofundar em que consiste mais exatamente esta colocação, qual a natureza jurídica dêsse fato.

Antes de proceder a outras considerações, comecemos por analisar o fato em si. Consideremos, em primeiro lugar, que alguém necessitado de financiamento sacou determinadas cambiais contra uma instituição acreditada — a Companhia de Crédito e Financiamento — que as aceitou. Trata-se, por conseguinte, de excelentes títulos especialmente elaborados para realizar dinheiro — do qual precisa o sacador.

As cambiais em questão têm um vencimento futuro — a 180 dias ou mais²⁹ — e tem outrossim um determinado valor no vencimento.

Falar, no caso, em venda de títulos seria usar uma noção excessivamente ampla³⁰. Tôda a transferência da

28. Convém salientar neste mercado o papel de duas instituições, as Sociedades Corretoras e as Distribuidoras. Estas sociedades são comerciantes no sentido técnico-mercantil de comprar para revender. Adquirem as Letras das Companhias para, em seguida, vendê-las entre os aplicadores ou compradores.

A Companhia de Financiamentos também pode vender diretamente as Letras, no qual caso, além da mercantilização do aceite (que lhe é própria) realiza também atividade comercial da venda da Letra — como os Corretores ou Distribuidores.

29. “As Sociedades de Crédito e Financiamento têm por objetivo praticar operações que se relacionam com a concessão do crédito a médio e longo prazos” .. (art. III da Portaria 309 de 30.11.1959).

30. Fica excluída a compra e venda mercantil, que tem sempre um caráter intermediário: comprar para vender. No nosso mercado, poder-se-ia falar de compra e venda de cambiais, quando as Sociedades

propriedade de bens, contra a entrega dum preço, é uma venda. Evidentemente, quando a Companhia de Financiamento, diretamente incumbida pelo financiado de realizar as cambiais, as transfere para o adquirente contra a entrega de determinada importância, está “vendendo” as cambiais. Contudo, não se pode esquecer: 1) que a mercadoria vendida são títulos de crédito, 2) que o preço estipulado está em função de um prazo e de um determinado valor no vencimento e 3) que se adquire a propriedade dos títulos exclusivamente para auferir-lhes o valor que têm do resgate. O aplicador não tem o “animus adquirendi” não lhe interessam os títulos em si.

Após lembrar estas noções, passaremos ao estudo do desconto.

14. As teses mais representativas acêrca do desconto (ademais da compra-venda tratada acima) são duas: cessão antes do têrmo da provisão e empréstimo sob o título³¹.

corretoras adquirem as “aceitações” para, a seguir, vendê-las aos particulares. Diz o artigo 191 do Código de Comércio: “É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis. para os revender: compreendendo-se na classe dos efeitos móveis a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de Companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante”

31. A primeira teoria se fundamenta em que os títulos de crédito só se tornam efetivos no vencimento. A essência do negócio jurídico consistiria em ceder pura e simplesmente o referido título, antes do seu vencimento, por um valor inferior.

Para outros, entretanto, partidários da segunda teoria, não há senão um mútuo ou empréstimo de dinheiro. O título se recebe em caução — como garantia de recebimento do principal mais os juros, na data do vencimento. A alguns tem parecido que o nosso Código Comercial acolhia esta segunda teoria, pelo fato de ter incluído o têrmo “desconto” dentro do Título XI, da Primeira Parte, que trata precisamente do Mútuo. Com efeito, o artigo 255 diz: “Os descontos

O desconto de títulos porém é um instituto genuíno de direito mercantil, ao qual o direito civil pode dar algum subsídio³² mas sem chegar a penetrá-lo em tôda a sua dinamicidade.

Uma noção exclusivamente mercantilista seria aquela que considerasse, em concreto, os títulos de crédito. Desconto então seria “o endôso dum efeito de comércio a favor dum banqueiro, que paga o montante ao endossante, menos a dedução duma soma que representa os juros do montante do efeito, que correm antes do vencimento”³³.

Nesta noção fala-se em endôso, mas poder-se-ia falar, mais amplamente, em transferência do título. O endôso aplica-se na transferência de títulos nominativos e consiste simplesmente em o seu titular assinar no verso. Os títulos ao portador transferem-se pela simples “traditio” — sem que seja necessário o endôso.

Uma noção, por conseguinte, mais universal seria aquela que considerasse o desconto como: *a transferência de um título de crédito, a favor de outro, que paga o valor do vencimento menos a dedução de uma certa soma.*

Esta é precisamente a conceituação dos mais modernos mercantilistas. Entre nós, WALDEMAR FERREIRA chega a dizer que tôda a vez que se adquire um título de crédito,

de letras de câmbio ou da terra, e de quaisquer títulos de crédito negociáveis, regulam-se pelas convenções das partes” Não se regem, por conseguinte, pela norma geral, mas pela convenção particular; o desconto seria, pois, um “mútuo particular”

32. RIPERT, GEORGES, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, v edição, Paris, 1963, p. 934.

33. O direito civil conhece a figura do mútuo frugífero, realizado com o intuito de auferir um juro ao empréstimo. “Permitido é fixar, por cláusula expressa, juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis. Passa a ser, então, contrato oneroso, denominando-se, mútuo feneratorio ou frugífero” V. GOMES, ORLANDO, *Contratos*, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 316.

antes do vencimento, por um valor inferior, está-se efetuando uma operação de desconto.

Quando, no mercado de “Letras de Câmbio”, as Companhias de Crédito as transferem aos tomadores, por um valor inferior ao do vencimento, êstes nada mais fazem (nem nada menos) do que descontá-las.

Assim poderíamos notar que o desconto, pelo fato de ser um instituto comercial, reservado a comerciantes, não serviria para caracterizar o fato da colocação das Letras. De qualquer maneira, convém salientar que, em conformidade com o que temos analisado, a operação, no caso, é de desconto — os aplicadores descontam as aceitações. Trata-se, porém, dum “*desconto particular*”, e não de desconto bancário, que só realizam instituições devidamente autorizadas.

15. Desta análise resulta que o crédito é concedido pelos particulares, pelos portadores das cambiais, que são os descontantes dos títulos.

Fundamentando ainda mais esta idéia, lembramos que a função da Companhia de Crédito e de Financiamento é a de mediador entre o tomador e o sacador, entre o mutuante e o mutuário, entre aquêle que oferece seus próprios recursos e aquêle que os recebe, entre o descontante e o descontado.

A Financiadora, por construção, não empresta. Não tem recursos próprios para descontar cambiais, nem para conceder crédito. Já vimos que sua atividade consiste em dar a confiança que ela inspira, dando o aceite, e realizar as demais tarefas decorrentes disso³⁴.

34. Transcrevemos um trecho do Prof. AMÉRICO OSWALDO CAM-FIGLIA, para confirmar esta caracterização: “Operando, essencialmente, na base do Crédito Fiduciário, as emprêsas financeiras não emprestam dinheiro, como errôneamente muitos supõem, mas realizam um serviço de captação de recursos com sua responsabilidade solidária,

Aliás, o papel dos tomadores, como descontadores das “aceitações”, vê-se comparativamente, lembrando como eram os Bancos os que acabavam *descontando* as cambiais — que tinham sido aceitas por outros estabelecimentos bancários — e como continuam sendo Bancos os que *descontam* as letras dos créditos documentários, e das demais operações de aceitação, quando se praticam a nível bancário. Os *descontadores particulares* realizam a mesma função dos Bancos-descontadores, fazem as vêzes dêles.

Por êste caminho se chega à conclusão de que o que temos no caso é uma única operação de crédito³⁵, concedido pelos portadores quando “descontam particularmente” as cambiais, a favor dos respectivos sacadores. A Financiadora é simples mediadora; situa-se entre as duas partes, como uma ponte que põe em comunicação as duas beiradas dum rio.

Conclusões

1. O uso do crédito de aceitação, por parte das Financiadoras em grande escala, representa um fenômeno revolucionário do crédito no mercado de capitais.

2. Um fenômeno concomitante: a institucionalização e comercialização do aceite cambiário e a criação de um mercado novo que poupa em “cambiais das Financeiras”.

mediante o financiamento entre o mercado e as empresas financiadas”. Transcrito do Suplemento Econômico publicado a 30.1.68 pela Consultoria da Imprensa Brasileira Ltda. — CIB, da homenagem prestada pela ACREFI ao Prof. Antonio Delfim Neto.

35. Deixamos êste ponto de vista apenas aflorado neste trabalho, sem pretender aqui tôdas as conclusões. A fusão das duas vertentes do negócio, ou seja, as relações: financiado — financiadora e financiadora — tomador das Letras de Câmbio, numa só operação de crédito e desconto levar-nos-ia a alguns problemas novos que ultrapassariam os limites dêste pequeno trabalho.

3. Existe uma única operação de empréstimo: é a realizada pelo particular que desconta a Letra de Câmbio; a Financiadora se obriga com seu aceite. É simples intermediária e co-obrigada entre as partes.

4. A Letra de Câmbio, que se adotou foi a Letra de Câmbio — diríamos — tradicional brasileira. Conviria, entretanto, dar uma especial proteção a êsse título por parte das autoridades monetárias, por estar a serviço da poupança popular. De resto as Financiadoras poderiam utilizar outros títulos, para realizar suas atividades.

Adendo

Alguns aspectos Tributários das Cias. Financiadoras.

I. As cambiais, pelo sistema estudado, se converteram em instrumento excepcional de poupança¹ e de financiamento. Se não houvesse poupança inexistiria o financiamento e reciprocamente: êste é ocasião de poupança. São as duas faces duma mesma moeda. Estão intimamente relacionadas e interdependentes. Na atividade bancária a inter-relação entre os depósitos e os créditos concedidos é — como já dissemos — diferente, porque se trata de setores que se relacionam segundo técnica tipicamente bancária.

O conta-correntista não tem consciência de investidor ou aplicador, apenas é depositante, tem passivamente o dinheiro no Banco. Os que aplicam as suas economias

1. O estímulo da poupança é uma das metas do Governo, que, entre outros meios, deve fomentá-la com a sua "Política Tributária", a qual tem por objeto: "o estímulo à formação de poupanças individuais (pela dedução das poupanças no cálculo da renda tributável)". Programa de Ação Econômica do Governo 1964-1966. Documentos EPEA n.º 1, p. 77.

em Letras de Câmbio de Financiadoras têm consciência de investidores, de financiadores.

A atividade das Companhias de Crédito e Financiamento é diversa da bancária. Aquêles que poupa adquirindo “cambiais” sabe certamente em poder de quem estão os recursos que aplica: porque as operações são pré-determinadas e na cambial consta o nome do sacador-financiador. Evidentemente que a Companhia é devedora como primeiro coobrigado que é do tomador; mas isto não evita: 1.º que o financiado também seja devedor, 2.º que o portador da cambial conheça e queira financiar o financiado.

Este mecanismo natural de seleção, exige um maior sentido de responsabilidade à Companhia, que não pode conceder o seu aceite arbitrariamente, já que logo veria decrescer o seu prestígio. A pessoa física ou jurídica que desconta as Letras de Câmbio se informa habitualmente, e está a par, na medida de suas possibilidades, do andamento dos negócios.

O “banker’s acceptance” constitui-se, por esta forma, num banqueiro exposto às vistas de todos, o que faz que a sua atividade seja extremamente cuidada. O sucesso dêle radica no acêrto na prestação do aceite.

Uma faixa determinada de poupança dos países, frequentemente uma larga faixa, fica assim aplicada em setores de interêsse por êste processo natural de autodisciplina, por êsse mecanismo que implica responsabilidade. É o critério experimentado dos “banker’s acceptance” e dos aplicadores — em conformidade com as diretrizes das autoridades creditícias.

II. Não vamos enumerar, neste trabalho, um por um, os impostos que incidem sôbre a atividade das financiadoras porque seria sair do objetivo dêle.

Os impostos que mais pressão exercem sôbre elas são os impostos cobrados pela União e principalmente o im-

pôsto de renda. Estes impostos atingem principalmente às suas atividades em três momentos diferentes:

1.º) *O impôsto sôbre operações financeiras*: que incide sôbre o valor do principal acrescido: da correção monetária e das despesas de financiamento tais como a comissão de aceite e a corretagem. Este impôsto calcula-se atualmente na base de 1%².

2.º) *O impôsto de renda chamado comumente de "identificação"*. Este impôsto incide sôbre a renda além da correção monetária oficial auferida pelo tomador da cambial³, e é de 15%, caso o tomador se identifique⁴ e de 40% caso não se identifique.⁵

3.º) Os impostos sôbre o lucro das pessoas jurídicas⁶ que no caso das Financiadoras está formado principalmente pela soma das comissões de aceite.

2. Lei 5.143 de 20 de outubro de 1966.

3. Não é considerada renda a correção monetária oficial, ou seja aquela que assinala o índice mensal do Conselho Monetário Nacional. Por conseguinte é preciso subtrair da correção pré-fixada pela Companhia o valor da Correção Oficial. Não entramos, neste trabalho, em maiores pormenores de natureza fiscal, por não ser êsse o intuito do trabalho. Entrêtanto, note-se que esta mesma parcela gravada pelo "impôsto de renda" de identificação, já foi gravada pelo I.O.F., mencionado no item 1.º.

4. Art. 306 do Decreto 58.400 de 10.5.66 (Regulamento do Impôsto de Renda).

5. Estava já êste trabalho no prelo, quando, no último dia do ano 1968, foi promulgado o Decreto-Lei n.º 403 que suprimiu o empecilho da identificação para os aplicadores. Êsse Decreto-Lei, no art. 4.º § 1.º diz: "Quando o beneficiário do Rendimento for pessoa física, será dispensável sua identificação, sendo o imposto devido exclusivamente na fonte."

6. Na atualidade vigora o Decreto-Lei n.º 62 de 21.11.1966, que assinalou como valor do impôsto 30% dos lucros (art. 1.º) mais o adicional de 10% (art. 2.º). Estima-se que o impôsto sôbre os lucros, não havendo lucros extraordinários, representa 15% aproximadamente da comissão de aceite da Companhia, que é atualmente 6% ao ano.

4.º) Poderíamos ainda falar do impôsto que grava os dividendos dos acionistas. Como em definitivo, o capital da pessoa jurídica é dêles, os rendimentos, globalmente considerados, são atingidos duas vêzes: como lucros da sociedade e, quando distribuídos, como dividendos^{6a}.

Deixamos todavia de parte outros gastos que origina o financiamento, que não são de ordem fazendária. São os gastos de corretagens, calculados, atualmente, na base de 3% ao ano e do registro das operações em Bolsa que é 0,25%. Estas percentagens calculam-se também sôbre o valor do crédito. Não obstante ponhamos de parte essas despesas, devem ser levadas em conta à hora de calcular o custo do dinheiro. Interessa apenas salientar que pelo fenômeno natural da repercussão, tôda⁷ despesa repercute sôbre o financiado, encarecendo o dinheiro. E convém ainda notar que, no negócio de Financiamento, a União, levada em consideração tôda a tributação, ganha mais do que a própria Financeira. A Companhia tem de cobrir os seus gastos gerais, de administração, serviços e demais que representam 50% da receita bruta. Porisso o ganho líquido da Financiadora é menor do que o que arrecada o Fisco.

Esta pressão tributária, deve-se dizer, não é parcial pelo contrário o impôsto em questão grava acremente tôdas as áreas da economia nacional, sendo esta uma a mais. O impôsto de renda representa aproximadamente 35% da receita total da União⁸, disputando a primazia com o impôsto de consumo. Como é sabido, o Brasil se conta entre os dez países de mais alta tributação, inclui-se

6a. Art. 125. “Estão sujeitos ao desconto na fonte, à razão de 10% (dez por cento).. d) os lucros, dividendos, bonificações... “Decreto 58.400 de 10.5.66”.

7. Quando dizemos tôda, se está incluindo também o impôsto de renda, que grava o portador das cambiais, a que nos referimos neste mesmo item.

8. BUENO, LUIZ DE FREITAS e outros. *Aspectos Gerais da Receita Pública no Brasil*, em apostilhas, sem imprimir, São Paulo, 1962, p. 31.

entre os países que obtém uma renda “per capita” acima de US\$ 1.000, quando a renda “per capita” do nosso povo é da ordem de US\$ 160^o.

III. O direito fiscal, dado o seu fim, essencialmente econômico pode orientar-se, e de fato se orienta em muitas ocasiões, com autonomia à margem do direito comum, visando os fins que lhe são próprios.

Nunca a fiscalidade se deverá entarvar por exigências doutriniais; daqui decorre que nem sempre a consideração dos institutos jurídicos coincide na esfera fiscal, com a esfera do direito comum. Esta noção, que muito ajudaria a resolver o eterno litígio entre o fisco e contribuinte, deve-se levar especialmente em conta, em se tratando das Letras de Câmbio das Financiadoras, que suscitariam várias questões doutrinárias e fiscais.

Outro assunto é política fiscal, intimamente ligada às contingências e situações do momento, em cada país, visando o resultado nacional — não apenas maior arrecadação.

9.

<i>Países</i>	<i>Tributos sôbre o PN</i>	<i>Renda “Per Capita”</i>
1 Itália	42%	US\$ 995
2 França	37%	US\$ 1.498
3 Alemanha	35%	US\$ 1.648
4 Luxemburgo	33%	US\$ 1.619
5 Reino Unido ..	33%	US\$ 1.607
6 U.S.A.	31%	US\$ 2.853
7 Finlândia	30%	US\$ 897
8 Dinamarca ...	28%	US\$ 1.557
9 Brasil	27%	US\$ 159
10 Canadá	27%	US\$ 2.011

“An Econometric Analysis of the Brazilian Tax Structure”, em apostilhas sem publicar, São Paulo, 1967, p. 3. Dados citados com permissão especial do autor, GIAN S. SAHOTA. Faculdade de Economia da USP.

Reconhecendo, por conseguinte, a autonomia fiscal para gravar quaisquer parcelas, quantas vêzes se quizeer¹⁰ e ainda a independência fiscal na consideração dos institutos, deve-se notar o seguinte:

1.º) que nunca uma lei tributária anterior ao aparecimento de fatos novos (como são a mercantilização do aceite, as operações de crédito de aceitação, a correção monetária) pode ter incluído êstes sob a sua aplicação. “Nullum tributum sine lege”.

2.º) que não se devem precipitar os práticos (contadores, executivos) na inclusão de fatos posteriores sob a alçada de leis fiscais precedentes.

Paga-se o impôsto sôbre a renda dos aplicadores em “Letras de Câmbio ao portador”¹¹, por exemplo, sem um

10. Não vamos discutir aqui o velho problema do direito tributário do “bis in idem”, ou seja de se o Fisco pode gravar duas ou mais vêzes a mesma parcela. “Nenhuma restrição se pode opôr a constitucionalidade da tributação dupla ou múltipla, quando exercida com ânimo deliberado e fundamento legal, pelo mesmo govêrno competente, desde que não exceda limites expressos fixados na carta política. Em geral, o poder de impôr é exercido sempre de modo a conservar a fonte tributável”. ALIOMAR BALEEIRO — “Bis in idem”, no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro” de J. M. DE CARVALHO SANTOS. Vol. 6, p. 23.

Entretanto parece-nos questionável a bitributação. “Aberta, porém a possibilidade da criação de novos impostos — de impostos não discriminados expresamente — mediante o art. 21, que veio a outorgar possibilidade à União e aos estados, com exclusão dos municípios, de sua decretação, haverá de surgir ensejo para verificação de bitributação. Com efeito, o art. 21 da Constituição admite possam a União e estados instituírem impostos não previstos” GERALDO ATALIBA: “Bitributação” em “Revista de Faculdade de Direito”, Vol. LX, S. Paulo, 1965, p. 203.

11. Decreto Lei 58.400 de 10.5.66, Livro V (Sôbre casos especiais de arrecadação das fontes pagadoras), Título I (a incidência do impôsto), Capítulo III (do deságio) Seção I (da tributação até o exercício 1966) e Seção II (da tributação a partir do exercício de

fundamento claro; sem se ter aprofundado nos fatos novos e sem ter, porque não houve tempo para isso, uma visão de conjunto do novo fenômeno econômico-financeiro da correção monetária, por exemplo, e de sua significação. Não vamos entrar neste trabalho no fundamento legal dêsse impôsto de renda, mas repare-se que o art. 54 da Lei 4.728 — no qual se apoia a Resolução n.º 45, item X, letra C, do Banco Central — não trata dos juros sôbre Letras de Câmbio.

Evidentemente que quando se fala aqui de “fatos novos”, não pensamos em fatos repentinos, mas em fatos que paulatinamente vão-se configurando. Por isso é mais difícil avaliá-los, porque a sua transformação é lenta, embora constante e profunda. É natural que as leis fiscais venham depois dos fatos econômicos.

Estamos finalmente hoje perante um importantíssimo mercado de capitais¹² que se conseguiu formar graças a entidades financiadoras autorizadas, as quais institucionalizaram a tradicional “aceitação” e jogaram simultaneamente com o anonimato dos aplicadores — que a nossa lei permitia.

1967), a.306 — “está sujeito ao desconto do impôsto na fonte, à razão de 15%, o *deságio* concedido na venda ou colocação no mercado, por pessoa jurídica a pessoa física, de debentures ou obrigações ao portador, letras de câmbio ou outros quaisquer títulos de crédito”.

§ 1.º, a) II exigir a identificação do adquirente e o recibo correspondente ao *deságio*.

12. BRAZÃO, JOSÉ ALBERTO: *Mercado de Capitais — Situação Atual e Perspectiva para o futuro*, em “Problemas Brasileiros”, n.º 39, Junho 66. “Que tipo de inversores adquirem as letras de câmbio? Seriam sós os grandes inversores? Não, absolutamente não. Existem de fato, aí invertidos os vultosos recursos de grandes capitalistas. Mas para aí são canalizadas também as poupanças das classes médias e dos pequenos inversores, sempre que estes podem prescindir de suas economias por dado lapso de tempo. As letras de câmbio tem aglutinado, assim, economias de todo o gênero e de toda procedência” p. 20.

O legislador fiscal, ainda deverá ter presente o princípio da tendência à evasão¹³. Não deverá gravar em excesso áreas economicamente interessantes, já que certamente as reduzirá, e se essas áreas forem incipientes corre o risco de destruí-las. Depois destes primeiros anos de experiência conviria estudar profundamente a política fiscal mais conveniente no caso, já que estamos perante um fato econômico de altas conseqüências.

Bibliografia

- ATALIBA, GERALDO, Bitributação em *Revista da Faculdade de Direito*, V. LX, S. Paulo 1965.
- ASCARELLI, TULLIO, *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, Saraiva & Cia. Editores, São Paulo 1943.
- BALEIRO, ALIOMAR, Bis in idem, no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* de J. M. de Carvalho Santos, V. 6, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, pp. 22 a 30.
- BRAZÃO, JOSÉ ALBERTO, *Mercado de Capitais — Situação Atual e Perspectiva para o Futuro* na “Revista da Federação do Comércio do Estado de São Paulo”: “Problemas Brasileiros”, n.º 39, Junho 66, pp. 11 a 26.
- BUENO, LUIZ DE FREITAS; PASTORE, AFFONSO CELSO e GITELMAN, CECÍLIA, *Aspectos Gerais da Receita Pública no Brasil*, sem publicar, São Paulo 1962.
- CORCELLE, CARLOS, *Créditos por Aceptación en los Bancos*, en “Industrias y Finanzas”, A. XV, n.º 171, Buenos Aires, Março 1936, pp. 4303 a 4308.
- CRUSELLS INGLES, JOSÉ, *Letras de Câmbio*, 1.ª edição Editorial Cru-sells, Barcelona, 1949.

13. O princípio prático da tendência à evasão, diz que o contribuinte muda paulatinamente de atitude, buscando evitar a tributação. O legislador fiscal deve mudar, dependendo do grau de estabilidade e desenvolvimento cívico da sua população, os fatos geradores, a fim de conseguir obter a receita.

- DELFIN NETTO, ANTONIO; PASTORE, AFFONSO CELSO; CIPOLLARI, PEDRO e CARVALHO, EDUARDO PEREIRA DE, *Alguns Aspectos da Inflação Brasileira*. Estudos Anpes, São Paulo, 1965.
- DONADIO, GIUSEPPE, *Sulla Natura Giuridica dell Apertura di Credito*, in "Benca Borsa e Titoli di Credito", Dott. A. Giuffrè — Editore, Milano, 1937, fascículo n.º 1, pp. 138 a 165.
- EPEA, Documentos N.º 1, *Programa de Ação Econômica do Governo 1964-1966*. Ministério de Planejamento e Coordenação Econômica. Novembro 1964.
- EPEA, Documentos N.º 2, *O Mercado Brasileiro de Capitais*, dirigido pelo Prof. Mario Henrique Simonsen. Ministério do Planejamento e Coordenação Econômica, 2.ª ed. Maio, 1965
- ESCARRA, JEAN, *Cours de Droit Commercial*, Paris, 1952.
- GOMES, ORLANDO, *Contratos*, Editora Forense, 2.ª ed. Rio de Janeiro, 1966.
- INGLES DE SOUZA, MARCOS HERCULANO, *Títulos ao Portador no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1898.
- JANIN, LOUIS, *Les Sociétés de Participations, au point de vue économique*, Recueil Sirey, Paris, 1928.
- LACERDA, PAULO DE, *Do contrato de Abertura de Crédito*, 2.ª ed., Jacinto Ribeiro dos Santos, editor; Rio de Janeiro, 1929.
- MARCONDES, SYLVIO E RODRIGUES, HELIO, *O Crédito de Aceitação e a Lei do selo Federal*. Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A., São Paulo, 1961.
- MARCONDES, SYLVIO, *Aceites Bancários*, São Paulo, 1959.
- MENDONÇA, JOSÉ XAVIER CARVALHO DE, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 7.ª edição, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1963.
- MESSINEO, FRANCISCO, *Contenuto e Carattere Giuridici dell Apertura di Credito* em "Rivista di Diritto Commerciale", Milão, 1925, v. XXIII, 1.ª parte, pp. 118 a 120.
- NOGUEIRA, RUY BARBOSA, *Criação e Formalização do débito fiscal: A Lei o fato gerador e o Lançamento*, Rev. Trib. 273/48.
- PAJISTE, BERNARD, *Investimentos*, 2.ª ed. Edições Financeiras S.A., Rio de Janeiro, 1958.
- PONTES, DE MIRANDA, *Tratado de Direito Cambiário*, V. I, Letra de Câmbio, 2.ª ed., Max Limonad, São Paulo, 1954.

REZZARA, GUIDO, *Della Apertura di Crédito in conto Corrente*, Turim, 1926.

RIPERT, GEORGES, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, V Ed. René Reblot, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1963.

SOUZA, RUBENS GOMES DE, *Compendio de Legislação Tributária*, 3.^a Ed. Edições Financeiras S.A., Rio de Janeiro, 1960.

WALDEMAR, MARTINS FERREIRA, *Instruções de Direito Comercial*, V. III, "Os contratos Mercantis e os Títulos de Crédito", Livraria Freitas Bastos S.A., São Paulo, 1953.

WHITAKER, JOSÉ MARIA, *Letra de Câmbio*, Saraiva S/A, São Paulo, 1950, 4.^a ed.

Dano Moral*.

347.426.51

José Augusto Cesar

O Código brasileiro admite o resarcimento do dano moral? Para responder a esta pergunta é preciso interpretar a disposição geral do art. 159: “Aquêlê que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo, fica obrigado a reparar o dano”. Combinando-se este art. com outros do Cód., vê-se que o legislador não visou ali sòmente o dano patrimonial, ou a *deminutio patrimonii*. Com efeito o Cód. por disposições expressas garante interêsses meramente morais. Assim o art. 76 prescreve: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interêsse econômico, ou moral” § único. O interêsse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou a sua família”. Do confronto do art. 159 com o art. 76 resulta seguramente que a palavra dano empregada naquela disposição tem uma significação ampla e não se refere sòmente ao patrimônio. O Cód. ampliou a tutela jurídica a bens de ordem puramente ideal. Êsses bens são variadíssimos: afeição de família, sentimentos de piedade para com os mortos, simpatia e benevolência para com certas pessoas, bem estar, comodidade, prazer, tranqüilidade da própria pessoa, sentimento religioso. . São outros tantos interêsses a que o direito deu proteção. Sem dúvida há um limite para essa proteção. Relações da vida existem que escapam completamente à garantia dos mesmos atos jurídicos. Ninguém se lem-

*. Êste artigo é inédito do autor e foi oferecido à *Revista da Faculdade de Direito* pelo dr. ANTONIO GONTIJO DE CARVALHO.

brará, por ex., de exigir de outrem indenização, porque esta pessoa se comprometera a comparecer numa festa e não cumpriu a promessa. Mas excluídos do domínio do direito todos os interesses que não devem, nem podem ser protegidos — exclusão que se obtém por uma boa definição de direito e por uma sábia regulamentação dos interesses — o mais deve ter o amparo dos juizes e tribunais.

Que essa foi a compreensão de legislador pátrio decorre não só das disposições já conhecidas, como também de numerosos preceitos que fogem à aplicação de princípio geral a casos concretos.

Vejamos rapidamente êsses casos.

I — O art. 1.538 manda na hipótese de ferimento ou ofensa à “saúde indenizar todo o dano patrimonial — despesa do tratamento e lucros cessantes — e além disso pagar ao ofendido a multa no grau médio da pena criminal correspondente. — Esta multa não pode ser senão a satisfação de dano moral, porque o dano material já fôra previsto.

II — O § 1.º do art. manda duplicar o *quantum* da indenização no caso de deformidade. Outra disposição sôbre dano moral.

III — O § único do art. 1.547 determina que quando não for possível provar prejuízo material resultante de injúria ou calúnia, pague o ofensor o dôbro da multa no grau máximo da pena criminal — Evidentemente — novo caso de reparação do dano moral.

IV — O art. 1.550 prescreve que a indenização por ofensa à liberdade consiste: a) no pagamento das perdas e danos; b) no de uma soma calculada nos termos do § único do art. 1.547. — Esta última parte é reparação de dano moral.

V — Os arts. 1.181 e seguintes conferem ao doador o direito de revogar a doação por ingratidão do donatário. Outro caso de tutela de interesse ideal.

Essas e outras disposições expressas do Cód. mostram que o princípio da responsabilidade do dano moral tem na lei positiva vasta aplicação. Não se trata de preceitos especiais inampliáveis, como no Cód. civil alemão, porque na parte geral do Código a matéria vem regulada em disposições que não podem deixar de abranger todo o domínio do direito civil, pois não foram limitados por nenhuma norma do Código.

Os termos do art. 159 não constituem embaraço a essa interpretação. Com efeito êsse art. manda indenizar o dano a todo aquele que

- a) violar direito,
- b) ou causar prejuízo.

Ora o dano moral pode entrar em qualquer dessas alíneas.

A violação do direito subjetivo é causa de indenização, diz em primeiro lugar o art. 159. Mas não é preciso demonstrar que a ação de direito subjuntivo não se confunde com a de direitos patrimoniais, sendo muito mais ampla que esta. Isto é evidente.

O dano moral pode também enquadrar-se na segunda alínea, porque o prejuízo é material ou moral. *Prejuízo material* diz o § único do art. 1.547.

Conseqüentemente é fora de dúvida que o Cód. estabelece em normas gerais a obrigação de reparar o dano moral e faz aplicação de principio a muitos casos. Para em seguida ao caso dos autos. — Exposição da matéria de fato com a prova existente — Que a injusta eliminação de um sócio do corpo de uma sociedade é causa de dano moral não há dúvida. Assim tem decidido os tribunais europeus. Cf. ALFREDO MINOZZ, *Studio sul dano non patrimoniale*, p. 223. Analisar os elementos injuriosos que se contém no ato da sociedade; o mal causado ao autor etc. etc.

A respeito da prova, é ponto assente na jurisprudência francesa e italiana que o ofendido não é obrigado a fazer prova específica do dano moral. Seria, por ex. absurdo

exigir que o difamado provasse as dolorosas impressões sentidas pelas ofensas que recebeu. Não, a prova de dano não patrimonial está *in re ipsa*, isto é, resulta da prova e da natureza dos fatos que constituem o fundamento do pedido. Se, por ex. um homem é chamado de ladrão em lugar público, a prova dêsse fato encerra em si a prova do dano moral. — Aplicação dêsses princípios ao caso dos autos. Prova dos fatos aliados à natureza dêles.

Resta a questão do *quantum*. Diferentes meios de fixá-lo: o prudente arbitrio do juiz, o juramento estimatório, o arbitramento.

Sistema do Cód. civil. A disposição do art. 1.553 é expressa: nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.

É, pois, por arbitramento que se deve taxar o *quantum* da indenização, cabendo ao juiz a faculdade de corrigir o laudo dos arbitradores. Poderia, portanto, a quantia arbitrada ou se não tiver havido arbitramento, a quantia em que fôr oficialmente arbitrado o dano.

Reforçar essas considerações com o direito italiano e o francês, onde a responsabilidade do dano moral é hoje matéria líquida. Opinião de juriconsultos eminentes a favor: IHERING, GIORGI; jurisprudência do S. Tribunal Federal.

PARECER.

A Universidade de São Paulo É Uma Autarquia de Base Fundacional e Como Tal Deve Ser Mantida.

Oscar Barreto Filho

Livre Docente de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. A comissão de reestruturação da Universidade de São Paulo aprovou, dentre outras diretrizes, a idéia de que a Universidade deve ser uma fundação.

A questão da natureza jurídica da Universidade coloca-se como fundamental, pois da solução assentada defluirão necessariamente numerosos corolários, atinentes ao regime dos servidores, atribuição de competência, aplicação de recursos públicos, tutela administrativa, etc.

Para melhor compreensão da matéria, no entanto, torna-se preciso fixar o conceito do instituto jurídico da “fundação”, e distinguir as duas espécies básicas — a *fundação privada*, tradicionalmente regulada pelo direito civil, e a *fundação pública*, nova categoria estruturada em consonância com as normas do direito administrativo.

A fundação como instituto de Direito Privado.

2. O Código Civil brasileiro, a exemplo do legislador germânico, no art. 16 incluiu as fundações, ao lado das associações e sociedades, entre as pessoas jurídicas de direito privado.

Na definição de CLOVIS BEVILAQUA, fundação é uma universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim que lhe dá unidade, ou ainda, um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado (*Código Civil Comentado*, v. I, p. 238).

Em outras palavras, fundação é um patrimônio destinado a um fim determinado, e ao qual a lei, cumpridos certos requisitos, atribui personalidade, ou seja, capacidade para ter a titularidade de direitos. Três, portanto, são as notas conceituais da fundação, a saber, “universalidade de bens” (ou patrimônio), “personalização” e “finalidade”. *Patrimônio personalizado dirigido a um fim* — aqui está o conceito da fundação.

Verifica-se, pelo exame do art. 24 do Código Civil, que os elementos *patrimônio* e *fim* constituem o substrato de fato da fundação, à qual a lei empresta a personalidade jurídica, desde que registrados os estatutos na forma do art. 18 do diploma civil.

3. As fundações (*universitates bonorum* do antigo direito) apresentam-se, na lei civil, com caracteres distintivos bem nítidos.

Aponta WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO os seguintes: os fins e interêsses não são próprios, mas alheios, isto é, do fundador; os fins da fundação são perenes e imutáveis, limitando-se os administradores simplesmente a executá-los; o patrimônio é fornecido pelo instituidor, que tanto pode ser um particular como o Estado; os órgãos da fundação são servientes, pois as resoluções são delimitadas pelo instituidor (*Curso de Direito Civil*, Parte Geral, p. 122).

Em última análise, a fundação constitui forma de gestão privada de um patrimônio destinado a servir um objetivo previamente traçado pelo instituidor, de acôrdo com normas e limitações também prefixadas no ato de instituição.

Para prevenir eventuais desvios da finalidade ou abusos na administração, atribui a lei ao Ministério Público o encargo de velar pelas fundações (Código Civil, art. 26).

A fundação pública como espécie de autarquia.

4. O moderno direito administrativo, como os demais ramos da ciência jurídica, tem procurado atender às multiformes exigências decorrentes da crescente complexidade da vida social, mediante a criação de novos instrumentos e processos de atuação administrativa.

Em verdade, pode-se afirmar, com JEAN RIVERO, que os processos de poder público constituem derrogações do direito privado — derrogações para mais e derrogações para menos — explicáveis pelas necessidades do interesse geral e, às vezes, pelas do serviço público (*Droit Administratif*, Dalloz, 1962, p. 33).

Premido pela necessidade de oferecer solução aos problemas emergentes, vê-se o Estado na contingência de adaptar os institutos e normas do direito privado à nova realidade social, imprimindo-lhes a marca da autoridade inerente aos processos de poder público.

Assim é que, a par dos clássicos sujeitos de direito administrativo, enumerados pelo art. 14 do Código Civil (União, Estados e Municípios), surgem no campo da Administração novas categorias de pessoas jurídicas de direito público interno — as autarquias.

5. As autarquias têm sua existência como pessoas jurídicas de direito público reconhecida pela Constituição Federal (art. 71, § 5.º) e Estadual (art. 88), quando as sujeitam às normas de fiscalização financeira e orçamentária.

A autarquia é um serviço público personificado, dotado de autonomia administrativa e financeira, com patri-

mônio, orçamento e agentes próprios. Constitui, em última análise, um processo técnico de descentralização de serviços, através do qual se procura imprimir maior flexibilidade à Administração. Como bem acentuou o professor FRANCISCO CAMPOS: “A autarquia é uma forma específica de capacidade de direito público” (*Pareceres*, 2.^a v., p. 224).

A mais recente doutrina administrativista admite que as autarquias constituem gênero, que comporta várias espécies, no tocante à estrutura que adotam. Assim, por exemplo CINO VITTA, ao tratar da classificação dos entes públicos, ensina que êstes, como os privados, podem se distinguir pela base *corporativa* ou pela base *fundacional*, devendo assim, ser reconhecida a existência de *corporações públicas* e de *fundações públicas*.

6. O tema, todavia, não é pacífico entre nós.

Para numerosa corrente de escritores, não é admissível possa a fundação ser de direito público; tal é a opinião de CARLOS MEDEIROS DA SILVA (*Rev. de Direito Administrativo*, v. 3, p. 438). Cita êste jurista, em abono de sua tese, THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e TITO PRATES DA FONSECA.

Para HELY LOPES MEIRELLES, “a expressão fundação pública” contém em si uma *contradictio in terminis*, porque se é “fundação, está insita na instituição a sua natureza privada” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 312, nota). No mesmo sentido opinam ARMANDO GUIDA (*Arquivos da Assessoria Técnico-Legislativa*), 1950, p. 412/432; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (*Revista de Dir. Administr.*, v. 25, p. 392); A. GONÇALVES DE OLIVEIRA (*Rev. de Dir. Admin.*, v. 2, fasc. II, p. 846).

De igual maneira, MARCELLO CAETANO considera a fundação como ente de direito privado (*Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., p. 126).

7. Partindo da afirmativa de que se deve ter em conta, precipuamente, as características ontológicas dos

institutos jurídicos e não os nomes que os designam, não temos dúvida em aceitar o subsídio doutrinário dos publicistas que, embasando-se na teoria geral do direito, esclarecem a verdadeira natureza estrutural das pessoas jurídicas de direito público, e, portanto, das autarquias, distinguindo-as em *corporações públicas* (*universitates personarum*) e *fundações públicas* (*universitates bonorum*). Consulte-se, a propósito, JOSÉ CRETTELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, p. 65 e a abundante bibliografia aí citada.

Mas, em verdade, sob o ponto de vista pragmático, a nomenclatura adotada não é de molde a produzir efeitos jurídicos relevantes, pois à espécie *fundação pública* aplicar-se-ão, necessariamente, às normas constitucionais e legais que regulam o gênero *autarquia*. Admitida que seja a equivalência entre a *autarquia de serviço* (não corporativa) e *fundação pública*, segue-se que, para a caracterização desta, deverão concorrer os mesmos requisitos exigidos para a configuração daquela, em face da Constituição e das leis.

8. Não existe critério único que sirva para estabelecer de modo perfeito a distinção entre a pessoa jurídica de direito público e a de direito privado. Vários critérios têm sido apresentados pelos autores, mas nenhum deles por si próprio é considerado suficiente.

Citando LUIGI RAGGI, o dr. CELSO A. BANDEIRA DE MELLO classifica em cinco principais sistemas os critérios identificadores da pessoa jurídica (*Fundações Públicas*, in *Rev. dos Tribunais*, v. 338, p. 62).

De acôrdo com essa classificação, podem ser arrolados os seguintes critérios distintivos para o reconhecimento das pessoas de direito público:

- a) exame do escopo (público ou privado) a que se propõe a pessoa moral (OTTO MAYER);

b) vinculação obrigatória da pessoa de direito público à realização das próprias finalidades (CINO VITTA);

c) constituição coativa da pessoa pública (RAGGI);

d) sujeição da pessoa pública à tutela exercida pelo Estado;

e) modo de constituição da pessoa jurídica, bastando a intervenção do Estado para caracterizar a pessoa de direito público.

9. Assinalando os elementos constitutivos da autarquia, GUIMARÃES MENEGALE considera: 1.º) elementos que lhe integram a individualidade: a) personalidade jurídica; b) fim público e funções públicas; c) elemento financeiro-patrimonial; 2.º) elementos que definem o caráter da administração indireta do Estado: a) criação pelo Estado; b) contrôle pelo Estado. Essa análise, embora mais sucinta, coincide essencialmente com a elaborada por TIRO PRATES DA FONSECA (*Direito Administrativo*, p. 239).

Ora, todos êsses elementos devem constar necessariamente de lei; pode-se afirmar, pois, de modo absoluto *que, sem criação legal, não pode haver autarquia, em qualquer de suas espécies.*

10. Existe, portanto, um elemento imprescindível à caracterização da pessoa jurídica de direito público: *a lei*. A autarquia, encarada sob o aspecto fundacional, enquanto pressupõe a afetação de uma massa patrimonial (destacada do patrimônio do Estado) a um fim determinado, pressupõe uma *lei no sentido formal*, emanada do Poder Legislativo.

A entidade autárquica, para existir, exige, necessariamente, a atribuição de personalidade jurídica (o que sòmente pode ser feito mediante lei), com orçamento próprio independente do orçamento geral, e tendo por escòpo a execução de serviços de interêsse público ou social,

custeado por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro (art. 139 da Lei Federal n.º 830, de 23 de setembro de 1949).

Pressupõe, por outro lado, a autarquia a sua sujeição ao *poder de contróle* exercido pela Administração geral, para que não se desvincule do interesse público e não se afaste de sua finalidade.

O Estado pode instituir fundações privadas.

11. Assentado que o conceito de fundação não é peculiar ao direito privado, sendo comum ao direito público, e estabelecidos os principais critérios distintivos, é tempo agora de esclarecer outro ponto.

Muito se tem discutido sôbre a natureza jurídica das fundações instituídas pelo Poder Público. Revestem-se elas, *necessariamente*, do caráter de pessoas públicas, e são *essencialmente* entidades autárquicas?

Alguns autores entendem que sim.

Há, contudo, abalizadas opiniões em contrário. Em consonância com êsses escritores, pode o Estado, segundo as conveniências e necessidades do interesse geral, criar *por lei* fundações públicas (que serão autarquias), ou autorizar a instituição de fundações privadas, submetidas ao regime do Código Civil. Tudo dependerá dos objetivos que se tem em mira atingir, e dos processos que se pretende utilizar para sua consecução.

12. Com sua reconhecida proficiência, o professor MIGUEL REALE assim se pronuncia, em parecer sôbre a natureza jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa, publicado na *Rev. de Direito Administrativo*, v. 72, p. 411: “*Diga-se de passagem, que nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma fundação de natureza privada, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de*

caráter “*não governamental*”. *Está no poder do legislador fazê-lo.*”

E acrescenta: “Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivos, sem lhe emprestar, *de maneira expressa*, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização”.

Citando MARCEL WALINE (*Droit Administratif*, 9.^a ed., 1963, p. 287), afirma o professor JOSE CRETILLA JUNIOR, em excelente trabalho, que “nada impede que alguns dos entes criados pelo Estado pertençam à classe das pessoas jurídicas de direito privado, tais como as sociedades comerciais do Estado”. (*Fundações de Direito Público*, na *Rev. de Dir. Administrativo*, v. 81, p. 12).

13. Com apóio nas lições supra transcritas, infere-se que nada impede que o Estado, mediante lei, crie fundações de direito privado, emprestando-lhes, de maneira expressa, a configuração jurídico-civil.

Seria esta, aliás, como ensina MARIO MASAGÃO, uma forma de descentralização por colaboração — a *delegação*, que se verifica quando “o Estado incumbe alguma pessoa física ou jurídica, do direito privado, de exercer atribuições especiais, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, os poderes para isso necessários. A delegação é útil porque muitas vezes determinadas atribuições da Administração pública, que exigem presteza e maleabilidade, passam a ser melhor desempenhadas por entidades, cuja organização mais se acomoda à natureza do serviço”. (*Curso de Direito Administrativo*, t. I, n.º 186, p. 91/92).

Não há, portanto, anomalia alguma na circunstância de se atribuir a particulares a execução de serviço público para que a exerçam por sua conta e risco, porém no interesse da coletividade.

Como doutrina RUY CIRNE LIMA, “nem tôda a pessoa jurídica, preposta, de modo imediato, à atividade de administração pública, é pessoa administrativa. Assim, o Serviço Social da Indústria e o Serviço Social do Comércio foram pela lei instituídos como pessoas de direito privado e, por essa mesma lei, prepostos, de modo imediato, à atividade que manifestamente se revela como de administração pública”. (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 68).

A natureza jurídica da Universidade de São Paulo.

14. A Universidade de São Paulo, criada pelo decreto estadual n. 6.283, de 25 de janeiro de 1934, é, nos termos do decreto-lei n. 13.855, de 29 de fevereiro de 1944, uma autarquia, sob contrôle do Govêrno do Estado, no que diga respeito à tomada de contas e inspeção da contabilidade. Goza, como decorrência desse *status*, de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, apenas lhe faltando autonomia econômica.

Como autarquia, a Universidade tem personalidade jurídica de direito público e dispõe de patrimônio próprio (art. 12 dos Estatutos) destinado ao preenchimento das finalidades mencionadas no art. 1.º dos Estatutos, a saber:

- I — promover, incentivar e divulgar a cultura e a pesquisa;
- II — formar pessoas habilitadas para a investigação filosófica, científica, artística e literária, e ao exercício das profissões liberais, técnico-científicas, técnico-artísticas e de magistério.

15. Postas estas premissas, segue-se que, revestindo-se da natureza de *entidade autárquica de base fundacional* (v. item 5 supra), a Universidade de São Paulo já se

configura, em face da Constituição e das leis, como uma *fundação pública*.

Nessa qualidade, a Universidade goza de imunidade tributária (art. 20, § 1.º da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967) e está sujeita às normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas para as entidades públicas (art. 71, § 5.º da Const. Federal; art. 88 da Const. Estadual).

Para admitir, entre nós, a existência de fundações de direito público, não se pode deixar de identificá-las com as *autarquias de serviço* (não corporativas); ou seja, *fundação de direito público* ou *fundação pública* é uma das modalidades em que se desdobra a autarquia.

Os próprios autores que afirmam a ocorrência, entre nós, de exemplos irrecusáveis de fundações de direito público, alinham como tais várias entidades autárquicas, como os Institutos de Previdência, as Caixas Econômicas, o Conselho Federal de Pesquisas (cf. JOSE CRETTELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, v. I, p. 72).

E é também o caso da Universidade de São Paulo, na sua atual estrutura.

16. Em face de nosso direito positivo, segue-se que, as denominadas *fundações*, serão sempre pessoas jurídicas *de direito privado*, sujeitas ao registro a que se refere o art. 18 do Código Civil e à fiscalização do Ministério Público (Código Civil, art. 26).

Observe-se, ademais, que nem a lei estadual poderia derogar ou alterar, neste particular, o texto da lei substantiva federal, porquanto se trata de matéria de competência privativa da União (Constituição de 1967, art. 8.º, XVII, letras *b* e *e*).

Aliás, a recente reforma administrativa federal, regida pelo Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao prevêr as categorias de entidades integrantes da administração indireta, enumerou no art. 4.º, inciso II:

- a) autarquias;
- b) emprêsas públicas;
- c) sociedades de economia mista.

E, no § 2.º do mesmo artigo, equiparou às emprêsas públicas (entidades dotadas de personalidade jurídica *de direito privado*) as *fundações* instituídas em virtude de lei federal e de cujos recursos participe a União, quaisquer que sejam suas finalidades.

17. Chegados a êste ponto, é o caso, então, de indagar se a idéia da comissão de reestruturação seria a de transformar a Universidade de São Paulo numa fundação de direito privado, à semelhança, por exemplo, da Fundação Universidade de Brasília (estruturada pela Lei Federal n. 3.998, de 15-12-1961) e da Fundação Universidade do Amazonas (Lei Federal n. 4.069-A, de 12-6-1962).

Caberia, então, entrar na apreciação das razões de mérito (interêsse, oportunidade e conveniência) que devem orientar a política do Estado no setor do ensino superior, examinando as vantagens e desvantagens que poderiam advir da Transformação da Universidade num ente de natureza privada, do tipo fundação, nos têrmos do Código Civil.

Quanto à questão do contrôle estatal, é pacífico que as pessoas privadas que recebem recursos provenientes do Tesouro Público estão sujeitas à fiscalização financeira do Estado.

Observa, aliás, o festejado professor RUY CIRNE LIMA:

“A disciplina específica da inspeção do Estado sôbre a fundação, quando a administração assume a posição do fundador, depara-nos geralmente a notação diferenciadora da fundação administrativa, suscetível de discriminá-la da fundação privada.” (*Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 69).

Ora, atualmente, a Universidade de São Paulo, como autarquia, já desfruta de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, apenas lhe faltando autonomia econômica. Mas, como se viu, esta não lhe adviria necessariamente da transformação em *fundação privada*, se, como até agora, continuasse a perceber recursos do Tesouro para sua manutenção.

18. Por outro lado, há a considerar as ponderáveis vantagens que são inerentes à configuração da Universidade como entidade de direito público, ou seja, como autarquia e que são as seguintes:

a) submissão à legislação de contabilidade pública, às normas gerais de direito financeiro e às normas específicas que regem as autarquias, quanto à gestão e dispêndio de dinheiros públicos;

b) prestação de contas ao Tribunal de Contas do Estado;

c) realização de compras mediante concorrência pública;

d) sujeição à tutela administrativa do Estado, inclusive à fiscalização financeira da Secretaria da Fazenda;

e) subordinação ao princípio da legalidade e aos demais princípios que informam a ação administrativa;

f) concessão de imunidade tributária;

g) obtenção dos privilégios e prerrogativas concedidos genericamente à Fazenda Pública e às autarquias, no tocante a prazos judiciais, via executiva fiscal, atribuição de fé pública aos atos e papéis delas emanados, etc.;

h) regime de pessoal peculiar aos servidores autárquicos.

Todos os autores salientam, como um dos traços marcantes e distintivos da personalidade de direito público, a sujeição da entidade ao contrôlo do Estado, através da tutela administrativa, destinada a salvaguardar o interêsse coletivo, com o nível almejado de regularidade e eficiência administrativas.

19. Pelos motivos expostos, entendemos que a manutenção do atual *status* jurídico da Universidade de São Paulo, como entidade autárquica de base fundacional (ou seja, fundação pública) é a que melhor atende aos superiores interêsses da coletividade.

É o nosso parecer, *sub censura*.

34 13 05 ✓

Novos Métodos no Ensino do Direito: A Experiência Americana.

Oscar Barreto Filho

Livre Docente na Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

A visita de nove professôres paulistas de Direito aos Estados Unidos, a convite do Govêrno Norte-Americano, teve por objetivo o estudo de novos métodos e técnicas no ensino do Direito, a fim de ajuizar da possibilidade de introduzi-los, embora parcialmente, nas faculdades brasileiras.

A par dêsse objetivo principal, outras finalidades também eram visadas, tais como o conhecimento direto de instituições ligadas à organização política e social da grande nação norte-americana. Assim é que foram proporcionadas ao grupo de professôres brasileiros oportunidades para visitar, em caráter oficial, a União Pan-Americana, o Departamento de Estado, a Suprema Côrte (onde o grupo foi recebido pelo juiz Douglas), a Biblioteca do Congresso, em Washington. Na cidade de New York, foram visitadas a Côrte Federal de Circuito e um escritório de assistência judiciária (*legal aid*).

Dentro do objetivo específico da viagem, o grupo de professôres teve ensejo de visitar as Escolas de Direito da Universidade de Temple, em Filadelfia; da Universidade de Harvard, em Cambridge; da Universidade de New York e, principalmente, da Universidade de Columbia, em New York, onde efetuou um estágio de três semanas. Devido à falta de tempo, não foi possível visitar a Universi-

dade de Yale, mas houve uma reunião com o professor David Trubek, destinada exatamente a dar ao grupo o conhecimento geral da estrutura do ensino jurídico naquela instituição, que goza de merecido prestígio dentro e fóra do país.

Ainda em Washington, foi dado aos professôres o ensejo de visitar o American Language Institute da Universidade de Georgetown, e de conhecer o laboratório utilizado no ensino de línguas vivas.

Observe-se que as visitas às Universidades não se limitaram a passeios pelo “campus” ou a contactos pessoais com estudantes e professôres; além disso, os professôres brasileiros, em conjunto ou separadamente, de acôrdo com as respectivas especializações, assistiram a cêrca de trinta aulas e seminários dos cursos regulares, bem como a uma dezena de seminários especialmente organizados para o debate dos assuntos ligados à educação jurídica. A propósito, merecem especial menção os seminários dirigidos pelos professôres E. Allan Farnsworth, Walter Gellhorn, William Cary e Henry de Vries, em Columbia; Milton Katz, em Harvard, e Michael Schwind, na Universidade de New York.

A Universidade Norte-Americana.

Para melhor compreensão dos métodos de educação jurídica nos Estados Unidos, faz-se mister, primeiramente, traçar um sucinto esquema da organização universitária em geral.

As Universidades americanas podem ser particulares, sem nenhuma conexão com o Estado, como é o caso das que compõem a “Ivy League” (Harvard, Pennsylvania, Yale, Princeton e Columbia), ou controladas pelo poder público, como sucede com as Universidades de Virginia, Michigan, State of New York, California, Texas e Washington. Nas Universidades mantidas pelos Estados, a educa-

ção é gratuita ou então são cobradas taxas pequenas para os estudantes residentes nos territórios respectivos.

As Universidades de maior prestígio adotam programas de estudo com tempo integral, tanto no que se refere a professôres, como a estudantes. É importante assinalar que, nos programas de tempo parcial, usualmente de cursos noturnos, o prazo de duração é mais longo, geralmente de um ano, a fim de possibilitar maior aproveitamento dos alunos.

A característica mais notável da Universidade norte-americana reside, porém, na circunstância de que o ensino superior compreende dois ciclos distintos.

O primeiro ciclo, que corresponde ao *college*, visa a ministrar cultura básica geral, indistintamente, a todos os estudantes egressos dos cursos de nível médio, que aspiram a obter um grau universitário. O segundo ciclo corresponde à escola graduada ou profissional (medicina, direito, engenharia, etc.).

O ingresso no *college* pressupõe a conclusão de doze anos de educação elementar e secundária, ou equivalente. A admissão é feita mediante um exame ou um certificado que ateste o término de escola secundária aprovada; a maioria das Universidades usa também outros processos de seleção, tais como testes psicológicos, entrevistas pessoais e informações confidenciais acerca da personalidade do candidato. A verdadeira seleção intelectual, entretanto, somente é feita no decurso dos quatro anos de duração do *college* de artes e ciências, que constitui o centro da organização universitária norte-americana.

O estudante americano normalmente termina o curso secundário, no qual o ensino é gratuito, na idade de 17 ou 18 anos. Passa depois para a Universidade, onde recebe no *college* formação geral, de caráter preponderantemente humanístico ou científico, durante um programa de quatro anos, até obter o grau de bacharel em artes liberais (B.A.) ou de bacharel em ciências (B.S.). O “curriculum” é disposto de modo que o estudante obtenha conhecimento

geral de certo número de matérias e conhecimento mais especializado em uma ou duas matérias.

Sòmente êsse fato evidencia o maior grau de maturidade dos candidatos às escolas profissionais ou de plena graduação, que recebem alunos com a idade de 21 ou 22 anos, geralmente diplomados pelo *college* e, portanto, familiarizados com os métodos de ensino universitário.

Para o ingresso na escola graduada ou profissional, exige-se a conclusão de certo número de anos no *college*, com a aprovação em determinadas matérias. No entanto, a tendência é no sentido de prolongar os programas de estudo exigidos para a admissão nas escolas de formação profissional. Por exemplo, nas escolas de direito mais conceituadas, constitui requisito para admissão a posse do grau de bacharel em artes ou ciências; nas demais, é exigida pelo menos a conclusão de três anos do *college*. O mesmo sucede, com algumas variações, nos outros campos profissionais (engenharia, medicina, odontologia, veterinária, administração, etc.). Além disso, é exigido o preenchimento de testes de aptidão, muitas vèzes de âmbito nacional, como sucede com as escolas de direito.

Nas escolas graduadas, predomina orientação marcadamente profissional, visando à formação especializada nos vários ramos de atividade. Os currículos são organizados no pressuposto de que o estudante já adquiriu previamente no *college*, suficiente base de conhecimentos gerais, humanísticos ou científicos. Dêsse modo, os cursos das escolas de graduação procuram atender, na medida do possível, às necessidades do meio econômico-social, preparando efetivamente os estudantes para a prática das profissões que escolheram.

Êsse verdadeiro processo seletivo, que se desenrola durante os dois ciclos do curso superior, permite a triagem dos candidatos ao exercício das diferentes profissões de nível universitário, eliminando aquêles que não revelarem vocação para êsse exercício.

Por outro lado, o caráter profissional da instrução permite a abolição do hiato geralmente existente em outros países entre o fim do curso universitário e o início da atividade profissional.

Outro fator que permite a maior motivação do estudante para dedicar-se ao estudo das matérias do curso é a flexibilidade dos currículos. Em qualquer curso graduado, uma parcela do programa será obrigatória para o estudante, e a restante facultativa, de acôrdo com as opções feitas, que devem totalizar um certo número de pontos ou créditos. Por exemplo, nas escolas de direito, cujo curso é de três anos, são obrigatórias para todos os alunos as matérias do primeiro ano, e opcionais as matérias do segundo e terceiro anos; note-se, aliás, o grande número de opções oferecidas aos alunos para uma diversificação profissional.

Tôdas as Universidades mantêm programas de estudos avançados conducentes à obtenção de graus de pós-graduação, e que consistem, essencialmente, em cursos de especialização e em estudos e pesquisas independentes. Os graus conferidos pelos estudos graduados são os de mestre (*master*) e de doutor em filosofia. O grau de mestre é obtido após o mínimo de um ano de estudo graduado; três ou mais anos de trabalho são exigidos para o grau de doutor em filosofia.

A pesquisa no âmbito legal.

A pesquisa constitui parte ponderável do trabalho desenvolvido nas Universidades americanas. As tarefas de pesquisa, cumpre notar, são efetuadas não somente pelos professôres, em caráter individual (como sucede entre nós), como também são organizadas através de projetos cuja execução é financiada pela própria Universidade ou por outras entidades. Institutos de pesquisa são

assim organizados para promover investigações em campos específicos.

Existe grande entozamento entre as Universidades e os organismos públicos e particulares, para a realização de importantes programas de pesquisa, em todos os ramos do conhecimento. Os indispensáveis recursos financeiros são fornecidos, para êsse fim, por fundações, associações escolares e profissionais, empresas comerciais, agências governamentais e até por doadores individuais.

Como decorrência das pesquisas realizadas, são publicados numerosos artigos, monografias e livros, geralmente editados pelas imprensas universitárias.

A Escola de Direito de Columbia, por exemplo, está empenhada em vários projetos de pesquisa mantidos para o enriquecimento da educação jurídica, o progresso do ensino e do direito. Êsses projetos, que são em parte financiados por fundações filantrópicas, além de sua útil função social, também beneficiam diretamente os estudantes neles empregados.

O Fundo de Pesquisa de Assessoria Legislativa, tem por fito colaborar na feitura de projetos de leis federais, estaduais e municipais, visando à sua melhoria, mediante requisição de comissões parlamentares, agências do govêrno e organizações privadas. Outros projetos em execução incluem: o Fundo de Pesquisa Legal Internacional (sôbre aspectos legais da assistência financeira internacional e do planejamento econômico); o Projeto para uma Justiça Efetiva (para investigar a dinâmica do procedimento civil, e evitar as causas de congestionamento nas côrtes de justiça); Pesquisa sôbre Regulamentação do Comércio Comparada (tendo como centro o projeto de lei anti-truste do Mercado Comum Europeu); além de outros projetos sôbre o direito-interamericano, as instituições legais européias, o processo internacional, o direito africano e pesquisa sôbre a história do direito.

Importante papel é reservado às Bibliotecas nas Universidades norte-americanas; nas escolas de direito elas

constituem, por assim dizer, o laboratório de pesquisas, sendo os estudantes estimulados, por todos os meios, a delas fazer largo uso.

Tôdas as escolas jurídicas possuem boas coleções de livros, sendo notáveis as Bibliotecas de Harvard (1 milhão de volumes), Columbia (466.000 volumes) e Yale (455.000 volumes), que são completas no que se refere à literatura jurídica dos países de “common law”. As três Bibliotecas são também ricas no que se refere aos livros de direito dos países europeus, mas a de Harvard dispõe ainda de uma excelente coleção de obras jurídicas do Brasil e demais países da América latina.

A educação jurídica nos Estados Unidos.

As Escolas de Direito de Harvard (a mais antiga, fundada em 1817), Yale e Columbia figuram dentre as mais tradicionais dos Estados Unidos. Não obstante, têm sempre procurado atualizar os seus cursos e métodos, de modo a mantê-los dentro dos mais modernos padrões de ensino; daí decorre o merecido prestígio de que desfrutam, dentro e fora das fronteiras do país.

O objetivo principal dessas Escolas é o de treinar pessoas capacitadas para o exercício da profissão legal em todos os seus aspectos, oferecendo o preparo necessário para numerosas áreas de especialização na advocacia, e também para o serviço civil, a magistratura e o magistério.

Na vida moderna, a prática da advocacia se desenvolve não apenas sob a forma clássica do patrocínio de causas perante os tribunais judiciais e administrativos, mas também sob a forma de consultoria a indivíduos, empresas, organizações privadas e do próprio Estado. Em verdade, a maioria dos advogados nunca vai às côrtes de justiça. Daí a necessidade de que um bom curso de direito espelhe os múltiplos aspectos da profissão e inculque também o senso de integridade e responsabilidade profissionais.

As Escolas americanas colocam especial ênfase na consideração de que, hoje em dia, o advogado é não só o patrocinador de pleitos judiciais, mas principalmente o conselheiro e orientador, sob o aspecto legal, de variados empreendimentos, negócios e atividades, que exigem o conhecimento de dados políticos, econômicos e sociais. A tarefa específica do advogado se apoia em elementos fornecidos pelas outras ciências sociais, o que torna necessário, de um lado, o alargamento de sua formação profissional, e, de outro lado, sua maior integração no meio social.

Organização do currículo.

A própria estrutura jurídica norte-americana, baseada no federalismo, no qual vicejam cinquenta sistemas jurídicos diversos, peculiares aos Estados, além do sistema da União, favorece a diversidade de escolas de direito, cujos padrões de ensino variam amplamente.

Estima-se, atualmente, o número de estudantes de direito em 65 a 70 mil, distribuídos por cêrca de 140 escolas. Não existe contrôle federal no setor da educação, mas um contrôle indireto é exercido através da Associação de Escolas de Direito, cuja finalidade é o aperfeiçoamento da educação jurídica, e que formula uma série de requisitos para que as instituições dela possam fazer parte; há 115 membros da Associação, com cêrca de 2 mil professôres.

A maioria das Escolas de Direito americanas são de caráter local e estritamente profissional, no sentido de que se limitam ao estudo das leis locais, com o objetivo de formar advogados aptos ao exercício da profissão nas respectivas áreas.

As três Escolas citadas (Harvard, Yale e Columbia) e algumas outras têm por finalidade a preparação dos estudantes para a prática da advocacia em todos os Estados, no âmbito nacional e também internacional.

O curso de Direito, nessas três escolas, é dado em três anos, em regime de tempo integral; o número de alunos não é grande, em comparação com as faculdades européias e latino-americanas: Harvard tem 1.600 alunos; Columbia, 900 e Yale, 600.

O ano acadêmico vai de setembro ao fim de maio e é dividido em dois semestres, além da sessão de verão (meses de junho-julho). Os cursos obrigatórios são dados em seções, de modo que o número de alunos não exceda de 100 ou 150 em cada turma.

A primeira semana de aulas do primeiro ano é dedicada ao trabalho intensivo no curso introdutório de métodos legais, destinado a orientar os estudantes no estudo de casos jurídicos.

O primeiro ano do curso compreende as matérias consideradas básicas para todo estudo jurídico, e são por isso mesmo obrigatórias; processo civil, contratos (ambas nos 2 semestres), direito penal, introdução ao método legal, propriedade, responsabilidade civil (matérias dadas em um semestre). Além disso, cada estudante do primeiro ano deve escolher uma matéria opcional, dentre cinco que cobrem o campo do direito público.

Os dois anos restantes são constituídos de matérias opcionais, cuja escolha é deixada ao critério do estudante, em consonância com sua especialização, de modo a perfazer 82 pontos ou créditos. Quanto melhor a escola, maior é o número de professores qualificados e, conseqüentemente, mais extensa a área para opção. A Escola de Direito de Columbia, que tivemos ensejo de conhecer melhor, ofereceu, no ano escolar 1967-68, aos alunos do 2.º e 3.º anos, 42 cursos semestrais diversos, além de 60 seminários sôbre temas especializados.

Além da freqüência a aulas e seminários, cada estudante deve completar certo número de pontos relativos à prática de escrever sôbre matéria jurídica, trabalhando nas revistas e jornais editados pela Escola, na assistência

judiciária, na pesquisa legal, ou no tribunal simulado (*moot court*).

Os seminários são normalmente restritos a doze estudantes, embora possa o professor admitir um número maior, não acima de dezoito. Os alunos participam ativamente desses seminários, inclusive elaborando trabalhos escritos sobre os assuntos debatidos.

O grau conferido pelas Escolas de Direito é o de bacharel em direito (LL.B.); algumas escolas possibilitam a obtenção do mestrado em leis (LL.M.) e do doutorado em ciência jurídica (J.S.D.). Os títulos de mestre e de doutor destinam-se geralmente ao preparo de candidatos ao magistério do Direito.

Existe, outrossim, a possibilidade de combinar o curso da Escola de Direito com o de outros departamentos, como o de negócios internacionais, o de administração de empresas e o de ciência política, de modo a obter concomitantemente as duas graduações.

Admissão e regime escolar.

Nos Estados Unidos, as principais Escolas de Direito têm muito mais candidatos do que vagas. Em 1967, em Columbia houve 2.300 candidatos para 300 vagas.

Os candidatos são escolhidos mediante um processo de seleção, que compreende: 1.º o histórico escolar (*college record*); 2.º um exame nacional, hoje adotado pela maioria das escolas, destinado a verificar a aptidão para o estudo jurídico, capacidade de redação e conhecimentos gerais (law school admission test ou LSAT); 3.º outros critérios, como testes psicológicos e entrevistas pessoais.

A vantagem de uma seleção cuidadosa pode ser demonstrada através de dados estatísticos. Em 1958, de 310 alunos matriculados no 1.º ano da Escola de Columbia, 46 foram reprovados; em 1966, após a adoção de critério

mais rigoroso para a seleção, apenas 2 foram reprovados. Dados como êsses, colhidos em outras instituições, revelam que uma bôa seleção inicial constitui a melhor garantia de sucesso na vida acadêmica e na vida profissional, certo, como é, que as construções sólidas requerem bons alicerces.

Por outro lado, essa triagem inicial assegura o intéresse do candidato pelo estudo intensivo do direito, a que será submetido durante os três anos do curso. Ninguém, em sã consciência, sem estar suficientemente motivado em obter preparo para o exercício da profissão legal, passará por êsse conjunto de provas, que se inicia quando do ingresso no *college*.

O método de ensino adotado nas escolas de Direito exige o preparo prévio dos materiais; para cada uma das 15 horas de aula semanais, o aluno deve passar duas horas estudando os seus repertórios de jurisprudência.

Nos seminários, restritos a 12 ou no máximo 18 estudantes, êstes têm a possibilidade de conversar com os instrutores, de maneira informal, bem como de exercitar-se em trabalhos de pesquisa e de redação. Já nos referimos acima às pesquisas de natureza jurídico-social, de que participam os estudantes.

Freqüentemente são realizadas sessões de tribunal simuladas (*moot courts*), nas quais o estudante figura como advogado, atuando perante juízes de carreira, membros do corpo docente ou escolhidos dentre os alunos mais distintos do terceiro ano.

Os estudantes têm ensejo de obter experiência no exercício efetivo da profissão, trabalhando como estagiários no Ministério Público ou nos escritórios de assistência judiciária, onde tomam contacto com clientes e problemas reais.

Um dos aspectos característicos da organização escolar é o fato de que as revistas jurídicas universitárias, cujo número ascende a uma centena, são tradicionalmente editadas pelos melhores estudantes, os quais colaboram inclusive na redação de artigos, ao lado de professôres,

advogados e magistrados. Essas revistas contêm os mais aprimorados trabalhos jurídicos, o que demonstra o alto padrão intelectual dos estudantes.

Os exames, realizados no fim de cada semestre, são escritos; consistem na solução fundamentada de um caso ou problema. A nota leva mais em conta a análise e o raciocínio demonstrados pelo examinando do que a exatidão da solução. O desempenho dos alunos nos cursos e seminários é indicado pelas letras A (excelente), B (bom), C (regular), D (insuficiente) e F (reprovação). Nas boas escolas, a nenhum estudante reprovado em qualquer ano é permitido continuar no curso.

Atividades e atitudes dos estudantes.

O que mais impressiona o visitante estrangeiro, nas Universidades norte-americanas, é a atenção e o cuidado de que são objeto os estudantes.

Todos os pormenores da sua vida quotidiana são cuidadosamente planejados e organizados, de modo a possibilitar-lhes conforto e relativa despreocupação quanto aos aspectos materiais da existência. Isto diz respeito não só às condições de estudo, como de habitação, alimentação, aquisição de livros e roupas, assistência médica e recreação.

É verdade que tudo isto custa dinheiro, e muito. Nas Universidades particulares, as taxas escolares são elevadas, não obstante disponham as entidades mantenedoras de rendas patrimoniais, doações e, às vezes, de subvenção dos poderes públicos. Na Escola de Direito de Columbia, por exemplo, a taxa anual de ensino monta a US\$ 1.900,00, e igual importância, em média, é dispendida na manutenção do estudante, mas bolsas de estudos e auxílios são concedidos aos estudantes desprovidos de recursos, para atender ao pagamento das anuidades.

É interessante notar que grande porção dos fundos universitários provém das contribuições de ex-alunos, que

dessa forma manifestam seu senso de solidariedade social. Essas contribuições são representadas, metade por doações, metade pelo resgate de empréstimos concedidos durante o curso. A média das contribuições anuais de cada ex-aluno é de US\$50.

Mas o importante é que as próprias Universidades, e as associações cívicas e profissionais, proporcionam aos estudantes oportunidades de trabalho, principalmente por ocasião das férias escolares. Em Columbia, cerca de 80% dos estudantes trabalha nas férias de verão, depois do segundo ano.

Os alunos não recusam qualquer espécie de trabalho manual que lhes é oferecido (datilógrafos, taquígrafos, garçons, motoristas de taxi, lavadores de carro, etc.), sentindo-se engrandecidos por essa experiência, que lhes proporciona maior integração na vida da coletividade.

Não é grande o número de moças nas Escolas de Direito; no 3.º ano de Columbia há uma média de 20 alunas para 300 estudantes matriculados. No entanto, é elevada a porcentagem de alunos casados, cerca de um terço no primeiro ano e de dois terços no terceiro ano. Isto se explica, porque o aluno, ao sair da escola, já está preparado para exercer a profissão e manter a família.

Um aspecto sociológico interessante é o da colaboração das esposas para a manutenção do lar, enquanto os maridos estudam. Grande parte dos emprêgos administrativos da Universidade são destinados às esposas de estudantes; êstes, por sua vez, encontram no trabalho da esposa um incentivo para se dedicarem ao estudo com seriedade.

Às entidades estudantis é atribuído importante papel, de modo a propiciar a melhor integração dos universitários na sociedade. Existe em cada escola um Conselho de Estudantes; jornais literários, reuniões recreativas e teatrais, incluindo a produção de revistas musicais (bem ao gosto americano) são atividades patrocinadas pelos estudantes.

Essa integração verifica-se, inclusive, através da existência, na própria Escola, de escritórios de colocação de estudantes do terceiro ano e de ex-alunos em firmas de advogados, emprêsas e órgãos governamentais. Também a própria Escola providencia a obtenção de empregos para estudantes, durante as férias de verão. A Escola de Columbia, por exemplo, obtém anualmente, em média, 1.500 a 2.000 empregos, dos quais 60% para ex-alunos e 40% para estudantes. É de assinalar a progressiva valorização profissional dos graduados por boas escolas; o salário inicial de um advogado participante de uma firma de advogados em New York é da ordem de US\$ 15.000 anuais; já no serviço público o salário inicial do advogado é de US\$ 8.500 anuais.

A escolha dos candidatos a empregos é fortemente influenciada pelo aproveitamento revelado pelas notas obtidas durante o curso; daí a importância que se empresta à atribuição de graus. Uma boa colocação é a recompensa natural de um bom curso de Direito.

As relações entre estudantes e professôres são menos formais do que as existentes nos países europeus e latino-americanos, sendo por isso mais freqüente o intercâmbio de idéias.

Não constitui tradição a atividade política exercida pelos estudantes, mas atualmente grupos de estudantes se ocupam dos grandes problemas (auxílio aos pobres, direitos civis, paz no Vietnã, etc.), principalmente sob os aspectos jurídicos. Há cinco anos atrás, os professôres se preocupavam porque os estudantes se mostravam excessivamente conservadores e arredios das preocupações sociais; atribuíam essa atitude ao fato de que os estudantes visavam sobretudo colocação nas grandes emprêsas, as quais não receberiam como empregados elementos de ação política contrária aos interesses financeiros. Entretanto, nos últimos cinco anos houve uma mudança de pensamento e os estudantes se têm revelado mais independentes, não se

importando em ser eventualmente prejudicados pelas atitudes políticas tomadas na escola.

Em encontro havido com estudantes, foi-nos revelado um fato curioso. O estudante americano não tolera movimentos que o impeçam de ir às aulas ou de ouvir ou falar com quem quer que venha à escola; o respeito ao direito de protestar é igual ao direito daquele que quer falar ou ouvir alguém. Dado que paga e trabalha para estudar, o estudante não faz greve, nem perde aula. Também o professor faz tudo para não faltar; quando falta repetidas vezes, é substituído.

Métodos de ensino do Direito: crítica do “case system”.

O método de instrução utilizado nas Escolas de Direito americanas até o fim do século 19, à semelhança das Universidades européias, era uma combinação, em variada proporção, de preleções, manuais e comentários, originando-se muitas vezes os manuais dos cursos prelecionados. Em suma, é o método dominante na maioria das Faculdades de Direito brasileiras (embora, ressalve-se desde logo, haja exceções).

Em 1870 o método da jurisprudência (*case system*) foi introduzido em Harvard pelo professor Langdell, que publicou um repertório de casos e respectivas decisões pelos tribunais superiores, para uso dos estudantes. Ele partia da concepção de que o modo mais fácil de dominar os princípios gerais nos quais se funda o direito era o de estudar as soluções dadas pelos tribunais aos casos correntes. Assim, o estudo devia basear-se na análise e crítica de julgados principais (*leading cases*), que tenham firmado o direito nos diferentes campos.

Entendia também Langdell que o ensino devia revestir-se de uma forma que possibilitasse ao estudante auferir maiores vantagens da freqüência às aulas do que do estudo individual.

Com a adoção desse método, os professôres americanos abandonaram o método tradicional de preleções e passaram a propôr questões e discutir em classe com os alunos os casos préviamente estudados. Com a participação ativa dos alunos, o professor parte da análise restrita de um caso e se estende amplamente para situações hipotéticas, procurando as soluções adequadas. Os casos jurisprudenciais não são empregues como ilustrações ou exemplos da aplicação de princípios gerais expostos nas preleções, mas como a matéria prima do estudo em classe. Com essas características marcantes, denominou-se a tal sistema de método socrático. Na altura da I Guerra Mundial o sistema de casos estava sendo utilizado pelas principais Escolas dos Estados Unidos.

O método de casos se coaduna com o sistema da “common law”, peculiar ao direito anglo-americano, que se baseia nos precedentes judiciários, ao contrário dos países de “civil law” (Europa continental e América latina), que fundam o direito nos textos da lei.

Através desse método, procura-se desenvolver no estudante o senso de análise e crítica, levando-o, através do estudo de casos particulares, a induzir os princípios gerais de direito aplicáveis às hipóteses estudadas. Essa técnica de ensino, que é exclusiva dos Estados Unidos, opõe-se a dos demais países (inclusive a própria Inglaterra), em que o curso é ministrado através da exposição dos princípios e normas gerais, dos quais se deduzem as soluções aplicáveis aos casos concretos.

É claro que, afinal, a aplicação dos dois métodos conduz aproximadamente ao mesmo resultado, qual seja o de dar ao aluno os elementos necessários ao conhecimento do sistema jurídico do seu país. Ambos os métodos, contudo, se utilizados com exclusividade, apresentam defeitos e imperfeições, o que leva a pensar em novas soluções.

O “case method” tem uma circunstância de natureza histórica a justificar sua introdução no ensino jurídico. Em meados do século XIX, já se fazia sentir a necessidade de adaptação das normas herdadas do velho direito inglês, muitas vèzes de origem feudal, e consubstanciado nos precedentes dos tribunais, às novas exigências decorrentes do desenvolvimento econômico-social dos Estados Unidos. Ora, isto sòmente seria possível, dada a peculiaridade da “common law”, mediante a crítica dos julgados, para deles remontar aos princípios que os informaram e, se preciso, reformulá-los em consonância com as exigências da nova realidade social.

A sociedade, porém, está em constante evolução, e o Direito deve atender às necessidades da organização da vida social.

Após a I Grande Guerra, vários fatores se conjugaram para trazer à baila a questão da suficiência e adequação do método dos casos.

Em nossos dias, as perspectivas são outras. Firma-se a importância crescente do direito público, traduzida pela expansão do direito administrativo, e cada vez mais se alarga o campo de abrangência da legislação, que passa a regular novas matérias jurídicas de relevância, como no referente à tributação, direitos civis, relações do trabalho, mercado de capitais. É evidente que, nesses assuntos novos, não se pode aprender o Direito através dos casos julgados, impondo-se o estudo da lei escrita (*statute*) como fonte principal da norma jurídica; dêsse modo, o principal fundamento lógico do sistema tende a desaparecer.

Por outro lado, o desenvolvimento das ciências sociais suscitou o desejo de aplicar as suas descobertas no campo do direito, fazendo surgir novas concepções sòbre a natureza do direito, como, por exemplo, a da “jurisprudência sociológica” (de que foi expoente Roscoe Pound) e do ulterior “realismo legal”.

A estas razões maiores, devem ser acrescentadas outras considerações de natureza didática. O método da jurisprudência implica num consumo desordenado de tempo, não permitindo um conhecimento total do Direito ou mesmo de parte substancial. Os casos concretos refletem apenas aspectos parciais da realidade jurídica total, levando irresistivelmente a uma especialização e a um pragmatismo exagerados, inconciliáveis com o papel que devem o juiz e o advogado desempenhar na sociedade moderna. O método, quando muito, é apto a formar práticos, iniciados nos segredos e técnicas da profissão, nunca a formar juristas.

Além disso, o “case method” somente pode funcionar mediante a colaboração ativa dos alunos, a quem é atribuída a tarefa de extrair dos casos particulares a norma geral aplicável, de modo a desenvolver sua capacidade de análise, raciocínio e expressão; isto pressupõe, contudo, um alto grau de interesse e dedicação tanto por parte do professor como principalmente do aluno, o que nem sempre é possível encontrar.

Por fim, como acentua Allan Farnsworth (cujo livro “Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos”, de que existe tradução brasileira da Editora Forense, contém valiosas informações sobre o assunto): “o método dos casos jurídicos aplica-se, de forma ideal, ao caráter profissional peculiar à educação jurídica nos Estados Unidos, mas é preciso admitir que estimulou o isolamento do Direito dos demais ramos de estudo. A crescente tomada de consciência desse inconveniente, das limitações inerentes às decisões dos tribunais superiores, bem como do relaxamento do interesse do estudante, fez com que se diminuísse a intensidade do estudo dos casos. No entanto, a ênfase ainda é posta no desenvolvimento das faculdades críticas do estudante, que deve preparar previamente o assunto das aulas e exercitar sua capacidade de julgamento independente”

Pelos motivos expostos, o “case system” (cujos contornos variam, aliás, de acordo com o estilo de cada

professor), vem caindo em desfavor mesmo nos Estados Unidos, e nas principais escolas de Direito apregoa-se a necessidade de mudança nos métodos vigentes de ensino.

Um novo método: O “problem method”.

Parece evidente, aos americanos, que, se o método dos casos deve ser substituído, isto não pode significar o retôrno ao método tradicional, de preleções e manuais (ou postilas mimeografadas).

Se é verdade que o método clássico permite uma visão mais ampla e ordenada da matéria, possibilitando ao aluno situar cada assunto dentro do conjunto do sistema jurídico, afasta, por outro lado, a adoção do “ensino ativo” preconizado pela didática moderna, que exige a colaboração dos alunos no processo de aprendizado.

A tendência atual nas escolas-padrão americanas é a de substituir o método dos casos, total ou parcialmente, pelo “problem method”, que consiste na pesquisa, análise e solução, pelos estudantes, de problemas adrede formulados, configurando situações complexas de fato, que devem ser resolvidos mediante a interpretação e a aplicação da legislação e da jurisprudência, ou o recurso a outras fontes de direito.

Nessa ordem de idéias, é significativo que os livros auxiliares de estudo, que outrora eram simples coletâneas de jurisprudência, hoje contêm abundantes notas e referências sôbre os principais artigos de lei e mesmo assuntos de disciplinas correlatas.

Em seminário realizado sôbre o tema específico da educação jurídica, o professor Walter Gellhorn, um dos mais reputados juristas norte-americanos no campo do direito público, apresentou idéias e conceitos interessantes, resumidos a seguir.

A função do advogado na sociedade americana é a de resolver problemas alheios, não apenas a de representar

alguém perante os Tribunais; é um conselheiro total, não apenas na técnica jurídica, mas em assuntos gerais, como sejam relações públicas, política de pessoal, campanhas promocionais (em que opina sobre a conveniência e não sobre a forma). Por isso muitas vezes o advogado se torna a principal figura de uma empresa, é o homem que mais sabe sobre a empresa e sobre os negócios, sendo naturalmente indicado para a presidência ou outra diretoria executiva.

O método indutivo leva ao exame dos fatos realmente relevantes. Dizia Holmes que as proposições gerais não resolvem os casos correntes; aquêlê que só conhece generalidades não está preparado para resolver problemas.

A filosofia do método é a de estabelecer a diferença entre a lei e a ação, entre o livro e a ação; o verdadeiro interesse está em saber como a lei funciona na vida social. A preocupação do jurista deve ser a do resultado social e não a satisfação do interesse individual ou a conformidade com os “casos” ou precedentes. O professor não deve estar interessado em que o estudante saiba como é a lei no momento, mas sim em treiná-lo para que saiba como deverá ser a lei no futuro. O professor sabe que a informação que dá hoje ao estudante não serve para amanhã, dada a provável mudança das leis; porisso deve preferir fornecer ao estudante o instrumento intelectual de que êle necessita para renovar-se, ao invés de um material estático.

Para Gellhorn, é maneira tola de estudar direito essa de procurar o princípio jurídico através do exame de certo número de casos; o advogado não pode aprender direito lendo somente as decisões das Côrtes, porque nem tôdas as situações foram apreciadas pelos tribunais. O “case” reflete a experiência de alguém e o estudante ganha experiência lendo o caso, porém não adquire a própria experiência.

A posição atual do advogado não é apenas a de argumentador hábil, mas principalmente de conselheiro, anali-

sando os resultados atingidos no caso para alcançar solução melhor ou orientada em sentido diferente. O estudante óra se coloca na posição de juiz, apreciando os argumentos das partes; óra como legislador, criando a regra que evitaria o problema. No entanto, uma das fraquezas do método do “case” é que os estudantes nem sempre são bons leitores, preferindo ler *sobre leis* em lugar de ler *a própria lei*.

O método do problema procura, exatamente, superar as deficiências dos métodos anteriormente adotados, e reflete uma atitude do espírito em face da nova realidade econômico-social. Tem semelhança com novos métodos introduzidos em outros países, como a França (trabalhos práticos) e a Alemanha. O pensamento dominante nos Estados Unidos é o de apresentar ao estudante a matéria prima, o material informe que o cliente leva ao escritório, mas a propósito do qual não sabe formular as perguntas adequadas. Cabe ao estudante analisar êsse material, utilizando as suas faculdades críticas, dar a sua opinião e, após ouvir as opiniões dos colegas, oferecer a solução conveniente. Ao passo que no sistema de “cases” o aluno às vêzes é surpreendido com uma pergunta, seguindo-se o diálogo, no método do problema o material é entregue antecipadamente ao estudante, para que o analise e medite.

Outro grande jurista, o professor William L. Cary, em seminário no qual apresentou um exemplo prático de aplicação do “problem method” à matéria de sociedades anônimas, evidenciou que essa nova técnica de ensino permite maior motivação dos estudantes, porque constitui um verdadeiro desafio à sua argúcia e capacidade de raciocínio. Constitui um ponto de conexão entre o método da jurisprudência e o método de preleções, pois o estudante deve procurar *na lei* (e para isso tem de ver *tôda* a lei) a saída para o problema. Analisando a situação de fato em face do texto legal, o estudante desenvolve o senso crítico e exercita a capacidade de julgamento.

A par do método do problema, crescente atenção é dada aos exercícios, incluindo prática de consultoria, redação e advocacia, além da oratória nos tribunais simulados.

Não vemos, pelo exposto, possibilidade de implantar entre nós o “case method”, que não se coaduna com os princípios lógicos que informam o sistema jurídico brasileiro. Em relação ao “problem method”, contudo, afigura-se que sua adoção, como técnica do ensino suplementar das preleções, nas matérias de direito positivo, não somente é conveniente, mas altamente recomendável, porquanto possibilita a melhor adequação do ensino teórico à realidade social.

Conclusão e sugestões.

No mundo de hoje, inspirado pelos ideais democráticos, as principais aspirações, no campo educacional, são a de proporcionar maior igualdade de oportunidades a todos os membros da comunidade, e a de procurar adequar melhor a educação aos interesses e capacidade dos estudantes.

Por outro lado, a expansão da técnica e o desenvolvimento econômico-social acarretam a melhoria generalizada dos padrões de vida, impondo a melhoria dos sistemas educacionais, não somente no que se refere à quantidade das escolas de todos os níveis, como também, e principalmente, à qualidade do ensino nelas ministrado.

As exigências da sociedade contemporânea trazem como conseqüência a necessidade da reformulação de conceitos e de estruturas em todos os setores, mormente no campo da educação, a fim de propiciar a integração do indivíduo na escola e da escola na sociedade.

Esta necessidade faz-se sentir, principalmente, entre nós, na organização do ensino universitário, que deve ser reestruturado visando principalmente a dois objetivos — no sentido individual, procurando criar em cada estudante

a *motivação* pelo estudo, e no sentido social, buscando o *entrosamento* da Universidade com as reais exigências da comunidade.

No entanto, uma reforma educacional não é de execução fácil, porque para ter validade e eficácia, não pode limitar-se à simples alteração de cursos e de currículos. A reforma precisa estender-se também à mudança da mentalidade com que são encarados os problemas do ensino, por parte de estudantes e de professores.

Não há dúvida que a Universidade existe principalmente em função dos estudantes (mesmo porque, em essência, os professores são estudantes mais experientes), que representam o traço de união entre a cultura do passado e a cultura do porvir. Porém, para que possa a Universidade bem desempenhar o seu papel, é preciso que os estudantes tenham a consciência de sua missão social, que é a de preparar-se efetivamente para o desempenho de suas tarefas específicas na sociedade.

Dada a similitude do papel que exercem no meio social, impõe-se que o tratamento entre professores e alunos seja baseado no mútuo respeito e compreensão, o que somente é possível num clima de responsabilidade e de seriedade em relação ao ensino. Os alunos, sem prejuízo de suas atividades extra-curriculares, precisam encarar o estudo como a sua principal meta; os professores, de sua parte, devem encarar o ensino como sua principal preocupação, colocando-se sempre a par não só dos progressos de sua matéria, como também desenvolvendo a sua capacidade, mediante a aplicação dos métodos de ensino mais atualizados.

A consecução desses objetivos poderá ser grandemente facilitada mediante o aproveitamento da experiência de outros países. No que se refere aos Estados Unidos, da observação de suas escolas de ensino jurídico, algumas sugestões podem ser extraídas para a reforma da educação jurídica no Brasil:

- a) a introdução do método do problema, como complemento das preleções do tipo tradicional;
- b) reestruturação do currículo, visando à sua flexibilidade e conseqüente ampliação de possibilidades de opção;
- c) ampliação dos trabalhos práticos, em caráter obrigatório, com a adoção de exercícios de redação em matéria legal; prática da advocacia em escritórios de assistência judiciária; pesquisas e levantamento de legislação e jurisprudência; criação de tribunais simulados junto às cadeiras de processo;
- d) estabelecimento do regime de tempo integral para uma parte do corpo docente (pelo menos um terço dos professores);
- e) menor formalismo nas relações entre professor e aluno, de modo a propiciar um constante intercâmbio de idéias;
- f) eliminação da brecha entre o curso acadêmico e a vida profissional, mediante a criação de oportunidades de estágio e de emprêgo para os estudantes;
- g) implantação do sistema de mérito, através da valorização das notas e criação de incentivos aos estudantes mais dedicados;
- h) maior facilidade de acesso à biblioteca pelos estudantes;
- i) melhor aparelhamento dos serviços de duplicação (mimeógrafos, “xerox”, etc.), de modo a possibilitar a distribuição antecipada de materiais aos alunos;
- j) integração, nas Faculdades de Direito, de matérias afins (principalmente a economia e a ciência política), por meio da criação de institutos ou cursos especializados.

CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.

347.91;342 (430)
351.7/3 (430)

La influencia de la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional Federal sobre el Derecho Fiscal
de la República Federal de Alemania *.

Klaus Vogel

Catedrático de Direito Público, especializado
em Direito Administrativo e Tributário, do
Institut für Deutsches und Internationales
Steuerrecht der Universität Heidelberg.

I.

En una conferencia de cuarenta o cuarenta y cinco minutos no es posible exponer — ni siquiera limitandose a las generalidades — todo el Derecho fiscal de un Estado; la exposición habría de ser necesariamente demasiado superficial y su resultado, por ello, demasiado insatisfactorio. Habría de limitarse a mostrar algunas de sus líneas fundamentales, pero sucede que en estas líneas generales el Derecho Fiscal alemán coincide en buena medida con el de otros muchos Estados; por el contrario, seria obligado descuidar lo que constituye lo específico y peculiar del Derecho fiscal alemán (y que por ello seria posiblemente de mucho mayor interes para ustedes).

Por este motivo quisiera proceder de forma inversa, informandoles a ustedes sobre algunas importantes resoluciones de nuestros más altos Tribunales en materia de Derecho fiscal, resoluciones que he seleccionado de manera

*. Conferência proferida em 21 de outubro de 1968, na cadeira de Direito Tributário do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da USP, de que é titular o Prof. RUY BARBOSA NOGUEIRA.

que, al mismo tiempo, — y así lo espero puedan proporcionarles a ustedes una idea de nuestras mas importantes leyes tributarias. Todas las resoluciones seleccionadas tienen un tema comun: el influjo que en nuestro país ha ejercido y sigue todavia hoy ejerciendo el Derecho Constitucional sobre la evolucion del Derecho Fiscal. Pues aqui me parece que radica una importante peculiaridad de nuestro Derecho Fiscal que puede ser también de interés para ustedes: por lo que yo conozco, no hay ningún otro país del mundo en el cual la legislación tributaria haya sido tan intensa y duraderamente influida por el Derecho constitucional como en la República Federal de Alemania durante los dos últimos decenios.

Cómo ha llegado a ser ello posible? Nuestra Constitución, la “Ley Fundamental” de veintitres de Mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, se considera a si misma como una ordenación jerarquicamente superior a todos los demás actos de soberanía, incluidas también las leyes. Ustedes saben muy bien que esta no es una interpretación generalmente aceptada y que hay muchos Estados en los cuales toda ley aprobada por el Parlamento, también la ley anticonstitucional, tiene que ser respetada por todos os demás órganos del Estado. En estos Estados por consiguiente, la Constitución es en realidad para el Parlamento más bien una “norma orientadora”, en ningún caso una *lex perfecta* cuya violación trajera consigo la invalidez de la ley anticonstitucional. En la República Federal de Alemania, por el contrario, debido a determinados acontecimientos de sua historia, se considera actualmente la Constitución como una norma sbolutamente vinculante y *nula* toda ley que atente contra ella.

Competente para declarar la anticonstitucionalidad de una ley es el Tribunal Constitucional Federal, uno de los Altos Órganos Federales, que funciona con autonomia e independenciam al lado del Parlamento y del Gobierno federal. Para someter al Tribunal Constitucional Federal la cuestión de la constitucionalidad de una ley pueden

seguirse distintos procedimientos: determinados órganos del Estado tienen el derecho de acudir al Tribunal Constitucional solicitándole que someta a estudio una ley; tiene además esta facultad todo Tribunal que considere anti-constitucional una ley sobre la que habría de fundamentarse una determinada y concreta resolución; y finalmente cualquier ciudadano singular puede acudir al Tribunal Constitucional Federal si una ley anticonstitucional lesiona uno de sus derechos fundamentales. En mi conferencia sobre la “tutela jurídica frente al poder público” les he informado más detenidamente sobre esta posibilidad (les informaré algo más detenidamente sobre esta posibilidad). Cuando el Tribunal Constitucional declara en su resolución la anticonstitucionalidad de una ley, se considera esta nula desde el primer momento — por razones derivadas de la tradición constitucional alemana —; que ello no deja de plantear problemas, tendremos ocasión de comprobarlo más adelante.

Como criterios que sirven de pauta para el control de la constitucionalidad de las leyes entran especialmente en consideración los derechos fundamentales del ciudadano consignados en los artículos uno e diecinueve de la Ley Fundamental; en relación con el Derecho fiscal ha adquirido sobre todo relevancia el principio de igualdad formulado en el artículo tercero. De las restantes disposiciones de la Ley Fundamental quisiera mencionar además especialmente el artículo ochenta: a tenor de esta disposición toda autorización legal al ejecutivo para dictar un decreto o un reglamento ha de ser precisada de tal manera, ya en la misma ley, que pueda preverse el contenido y el alcance de los mismos; con ello se quiere impedir que el Parlamento lleve a cabo una delegación demasiado amplia de sus facultades legislativas. A estas disposiciones especiales de la Ley Fundamental vienen a añadirse finalmente, como criterios a que ha de atenerse la legislación, algunos principios constitucionales de orden general proclamados por la Ley Fundamental en su Artículo veinte y que

definen a la República Federal de Alemania como un Estado de Derecho, social y democrático. Partiendo de estos principios constitucionales generales y desarrollándolos creadoramente el Tribunal Constitucional ha deducido algunos otros postulados a los que debe ajustarse la actuación del legislador y del ejecutivo: así por ejemplo, la prohibición absoluta general de toda forma de retroactividad de las leyes impositivas.

Desde el año mil novecientos cincuenta y uno en que comenzo su actividad el Tribunal Constitucional Federal ha tenido que juzgar, ajustandose a estos criterios, sobre cuestiones de Derecho tributario en ya más de setenta casos. En todas las sentencias dictadas ha tomado muy en serio la fuerza vinculante de la Constitución: en toda una seria de casos ha declarado anticonstitucionales las disposiciones de las leyes tributarias y anulado resoluciones de los Tribunales de Hacienda. A continuación quisiera presentarles a ustedes algunos ejemplos de esta jurisprudencia, así como también un fallo de nuestro Tribunal Supremo Federal de Hacienda en el cual se hace también patente el influjo del Derecho Constitucional sobre el Derecho tributario.

II.

La primera cuestión importante de Derecho Constitucional de que hubo de ocuparse el Tribunal Constitucional Federal en el sector del Derecho Fiscal procedía del campo del impuesto a los réditos (Einkommensteuer). La República Federal grava a todas las personas naturales con un impuesto a los réditos de carácter progresivo — el tipo de gravamen varía entre un diecinueve y un cincuenta y tres por ciento —; en cambio los réditos de las personas jurídicas están sujetos a un impuesto proporcional, el impuesto a las entidades (Korperschaftsteuer) — cuyo tipo asciende por lo regular a un cincuenta y uno por ciento —. Todas las personas naturales y jurídicas son

gravadas además con un impuesto proporcional que se rige por el monto de su capital; el tipo de gravamen de este impuesto asciende al uno por ciento.

Hasta todavía hace pocos años el Derecho Fiscal alemán, tanto en el caso del impuesto a los réditos como en el del impuesto al capital, partía del principio de la “unidad de la familia”. Ello obedecía sobre todo a razones históricas: como ustedes saben en épocas pasadas la familia constituía una unidad mucho más vigorosa que hoy, también en lo que se refiere a la actividad económica: el cabeza de familia, el pater familias, tenía a su cargo la administración y aprovechamiento de todo el patrimonio familiar. A pesar de que, como es natural, esta situación cambió hace mucho tiempo en Alemania, hasta hace, poco se tomaba como base para calcular el impuesto a los réditos y al capital la *suma global de todos los réditos* obtenidos por los miembros de una familia y la *totalidad del capital* perteneciente a los mismos, respectivamente. De esta manera en el caso de los cónyuges se sumaban los ingresos anuales de ambos y el importe de esta suma servía de base para calcular el gravamen. Esta reglamentación era especialmente gravosa para los cónyuges porque, como ya decía anteriormente, el tipo del impuesto a los réditos es progresivo. Por esta razón, si ambos cónyuges tenían ingresos propios resultaba que, debido a esta liquidación global, quedaban sujetos a un tipo de gravamen mucho más elevado que si la liquidación se hubiera hecho por separado; es decir, tenían que pagar más impuestos que los contribuyentes solteros con los mismos ingresos anuales. Dado lo acentuado de la progresión — ya hemos dicho que el tipo impositivo oscila entre un diecinueve y un cincuenta y tres por ciento — esta desventaja era tan considerable que en no pocos casos los cónyuges habían actuado en consecuencia, divorciando-se para seguir viviendo en “concubinato” y sujetos a un impuesto más bajo.

Ahora bien, el Artículo sexto de nuestra Ley Fundamental coloca expresamente el matrimonio y la familia —

cito textualmente — “bajo la particular protección del orden estatal”. Era en realidad obvio que una legislación de Hacienda que gravaba especialmente el matrimonio, llegando hasta a alentar el divorcio no podía ser compatible con esta disposición constitucional. A pesar de ello siguió vigente dicha reglamentación aun después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental; puede que ello se debiera en primera línea a que tanto el Parlamento como el Gobierno no apreciaron entonces en todo su alcance la amplia significación que la Ley Fundamental tenía también para el Derecho Fiscal. Después se hicieron algunos intentos para encontrar razones que justificaran la liquidación conjunta del hogar común supone ahorros para los cónyuges; por consiguiente, los casados están en mejores condiciones que los solteros para soportar las cargas fiscales y por ello pueden ser gravados en mayor medida. Además, si no se gravara con impuestos más elevados a aquellos matrimonios en los cuales ambos cónyuges tienen ingresos, se colocaría en situación desventajosa a aquellos matrimonios en los cuales la esposa no tuviera un empleo retribuido. Al argumentar de esta manera olvidaba el ministro que la ventaja económica que se deriva de la vida en común se da no solo cuando se trata de casados, sino también en cualquiera otra forma de comunidad de vida y sin embargo nadie pensaba en gravar con un impuesto más elevado a los réditos de tales comunidades irregulares de vida.

Por todo ello la argumentación del ministro de Hacienda no era convincente y el Tribunal Constitucional no se adhirió a ella. En su sentencia argumenta el Tribunal que el Artículo sexto de la Ley Fundamental coloca el matrimonio y la familia bajo la particular protección del orden estatal; con arreglo a ello le está vedado al Estado perjudicar o menoscabar de cualquier otra manera el matrimonio. La liquidación global del impuesto a los réditos de los cónyuges representa un menoscabo de esta naturaleza. Por esta razón fue declarado nulo el corres-

pondiente precepto de la Ley que regula el impuesto a los réditos y la Federación y los Estados federados tuvieron que reembolsar los impuestos indebidamente recaudados, los cuales ascendían a varios millones de marcos alemanes.

En la actualidad el legislador ha pasado a aplicar a los cónyuges el método del llamado "Splitting". Con arreglo al mismo se suman también los réditos de ambos cónyuges, pero luego cada uno de ellos satisface solamente los impuestos correspondientes a la *mitad* de los ingresos totales. De este modo se evitan las desventajas de orden fiscal que se derivaban de la progresión. Aún más, el método "Splitting" concede un trato de preferencia a aquellos matrimonios en los cuales sólo lo uno de los cónyuges percibe ingresos; con este método quedan sujetos a un tipo impositivo sustancialmente inferior al que sería aplicable si se hiciera por separado la liquidación del impuesto para ambos cónyuges. Dos cónyuges pueden sin embargo, si lo desean, elegir una liquidación completamente separada, lo cual tendría sus ventajas, sobre todo, cuando ambos perciben una suma de ingresos aproximadamente igual y uno de ellos quisiera evitar que se le obligara a responder por los impuestos del otro.

Siete años más tarde, em mil novecientos sesenta y cuatro, el Tribunal tuvo que resolver en un caso semejante. Esta vez se trataba de la liquidación global del impuesto a los réditos de padres e hijos, forma prevista también por la ley. El Tribunal Constitucional Federal volvió a apoyarse en el Artículo sexto de la Ley Fundamental que protegé no solo el matrimonio sino la familia en general. También en el caso de padres e hijos la liquidación global suponía, como consecuencia de la progresión, un aumento del gravamen incompatible con el artículo sexto. Por este motivo fue declarada nula también esta reglamentación, de manera que en la actualidad los ingresos de los hijos, también de los no emancipados, son gravados por separado y no conjuntamente con los ingresos de los padres.

Distinto es, por el contrario, el caso del impuesto al capital. El tipo de gravamen no es progresivo sino proporcional: como ya dijimos asciende a un uno por ciento. Antes de aplicar el tipo de gravamen son deducidos importes exentos de veinte mil marcos por cada cónyuge y cada hijo. Por esta razón la estimación conjunta de la cuota impositiva de todos los miembros de la familia no tiene por efecto una elevación de la carga fiscal de las personas afectadas como sucede en el caso del impuesto a los réditos; antes bien, puede ser más ventajoso que los impuestos no sean deducidos del capital de cada uno de los miembros de la familia sino de la totalidad del capital de la familia. La estimación conjunta podría llegar a ser desventajosa solamente por el hecho de que cada miembro de la familia responde con su patrimonio también por los impuestos que gravan el capital de los otros miembros. Pero en este caso el legislador, ya escarmentado por lo ocurrido en el caso del impuesto a los réditos, ha establecido a tiempo una regulación con arreglo a la cual la responsabilidad del individuo puede ser reducida a un importe proporcional de la cuota impositiva total. Por esta razón no fue necesario que el Tribunal Constitucional declarara anticonstitucional la imposición de las familias en el caso del impuesto al capital.

III.

En otra causa célebre de que hubo de conocer también el Tribunal Constitucional Federal, era objeto de litigio la tributación de las sociedades mercantiles. Ya tuve ocasión antes de mencionar que en Alemania también los ingresos de las personas jurídicas están gravados con un impuesto, el cual difiere sin embargo del impuesto a los réditos de las personas naturales, configurandose como um impuesto de naturaleza especial: el impuesto a las entidades (“Körperschaftsteuer”). El cómputo de los “réditos” se efectua

en el caso del impuesto a las entidades del mismo modo que para el impuesto a los réditos; solo que el tipo de gravamen no es progresivo sino proporcional. Además de ello todas las explotaciones mercantiles e industriales, tanto si su titular es una persona natural como si lo es una persona jurídica, están gravadas por el llamado “impuesto a los oficios o industrial” (“Gewerbsteuer”). La suma recaudada con este impuesto pasa a engrosar los ingresos de los municipios, constituyendo hoy día su fuente más importante de financiación.

A diferencia de los impuestos a los réditos y a las entidades el impuesto industrial está construido como “impuesto de la explotación”. La estimación de la cuota impositiva se hace atendiendo al importe de los “beneficios de la explotación” y al monto del “capital de explotación” afectado a la misma. A estos efectos no se entiende sin embargo por “beneficios” los obtenidos personalmente por el empresario sino los “beneficios objetivos, el producto” de la explotación; de igual manera para hacer la estimación del “capital de explotación” no es lo decisivo determinar si el capital pertenece o no al empresario o en qué medida es éste titular del mismo. Si por ejemplo el empresario para adquirir la explotación aceptó un préstamo, el pago de los intereses de este préstamo reducirán, es cierto, sus beneficios y por tanto sus “réditos”, pero no los beneficios objetivos de la explotación y lo mismo puede aplicarse analógicamente al capital. La estimación de la cuota impositiva en el impuesto industrial parte, por decirlo así, de la ficción de que toda la explotación pertenece al empresario. El municipio fija el tipo impositivo, que hoy día asciende por término medio a aproximadamente un trece coma cinco por ciento de los beneficios de la explotación y a un cinco por mil, más o menos, del capital de la explotación.

Lo mismo que sucede en los impuestos que gravan los ingresos también en el impuesto industrial son considera-

das las personas jurídicas, a efectos fiscales, como *sujetos autónomos*. Ello tiene por consecuencia, entre otras cosas, que de conformidad con las disposiciones del Derecho Civil uno de los socios de una sociedad capitalista pueda estar vinculado al mismo tiempo a la misma por un contrato de trabajo y por ejemplo ejercer las funciones de gerente de la sociedad la retribución de su trabajo, siempre que no sea desproporcionada, es reconocida como gasto de explotación y reduce por tanto la cifra de beneficios y el producto sujeto a gravamen. Hasta hace poco tiempo, sin embargo, la Ley del Impuesto Industrial establecía una excepción a esta regla para aquellos socios cuya participación en la sociedad sobrepasaba la cuarta parte de la suma total del capital. No se reconocía la posibilidad de deducir de los beneficios los sueldos percibidos por estos socios, sino que eran computados — apartándose en este punto de la Ley del Impuesto a las Entidades — junto con los beneficios de la sociedad sujetos a tributación. Es decir, en este caso especial los sueldos de los socios debían ser tratados como si socios y sociedad fueran jurídicamente idénticos.

El Tribunal Constitucional tenía que decidir sobre la constitucionalidad de *esta* disposición concreta; para apreciarla debidamente el Tribunal utilizó como criterio el artículo tercero de la Ley Fundamental — el principio de igualdad —. Como es natural igualdad no significa un tratamiento esquemáticamente igual. El Tribunal Constitucional interpreta el principio de igualdad en el sentido de que un tratamiento desigual en casos que sean semejantes en lo substancial, solo sería admisible cuando esta desigualdad se basara en una “razón objetiva.” De este modo el Tribunal recaba para sí el derecho de examinar la justificación objetiva de toda ordenación legal y la fuerza persuasiva a ella inherente y el de rechazarla cuando carezca de esa fuerza de persuasión. Esto es desde luego ir demasiado lejos, pero hasta ahora ha tenido una in-

fluencia muy beneficiosa en la actuación del Tribunal Constitucional Federal.

Para nuestro caso significaba lo siguiente: Cierto es que la Ley del Impuesto Industrial respetaba en principio la personalidad jurídica de Derecho privado, sin embargo en un caso singular, cuando la participación de un socio en el capital escudía de un veinticinco por ciento del mismo, trataba a la sociedad y al socio como jurídicamente idénticos. El Tribunal Constitucional estudió si la desviación de aquel principio estaba objetivamente justificada; después de un detenido examen llegó a una conclusión negativa. La disposición en cuestión fue declarada nula.

Me he ocupado con tanta extensión de esta sentencia porque en el litigio en cuestión se apuntaba además un problema de índole general, el de las relaciones entre *Derecho Fiscal y Derecho Privado*. También en Alemania naturalmente se reconoce desde hace tiempo que el Derecho Fiscal es “autónomo” con relación a los demás sectores del ordenamiento jurídico. Las disposiciones del Derecho privado no pueden ser aplicadas sin más a la relación jurídica tributaria entre el Estado y el ciudadano; incluso cuando el legislador, para definir el hecho impositivo, utiliza conceptos del Derecho privado — por ejemplo, grava un “contrato de compraventa” sobre una finca — estos conceptos tienen que ser interpretados muchas veces de manera distinta a la aceptada en el Derecho privado. Ya en mil novecientos veinticuatro KURT BALL en su escrito “Steuerrecht und Privatrecht” (“*Derecho Fiscal y Derecho Privado*”) había hecho hincapié en esta autonomía del Derecho Fiscal. Sus tesis no tardaron en ser aceptadas por la jurisprudencia de los Tribunales y por la Ciencia. Así por ejemplo se empezó a considerar como eficaces a efectos tributarios aquellos negocios jurídicos del Derecho Privado que a pesar de ser nulos jurídicamente habían producido sus efectos económicos; además, apartándose del concepto de propiedad del Derecho privado se elaboró un

concepto “económico” de propiedad que había de valer especialmente para el Derecho Fiscal. La Ley de Adaptación Impositiva (Steueranpassungsgesetz) de mil novecientos treinta y cuatro recogió luego los principios más importantes formulados en esta jurisprudencia. Pues naturalmente también la estimación de la cuota impositiva es un procedimiento administrativo; por ello en Alemania el Derecho Fiscal es considerado como una rama especial del Derecho Administrativo (lo que, dicho sea de paso, permite no solo aplicar las conclusiones del Derecho administrativo al Derecho Fiscal, sino también a la inversa las del Derecho Fiscal al Derecho administrativo. Pero como todas las cuestiones esenciales del procedimiento en materia de Hacienda están reguladas en Alemania por una ley especial, sucede que también en muy pocos casos excepcionales recurre el Derecho Fiscal al Derecho administrativo.

A veces sin embargo se ha exagerado en Alemania el alcance de la teoría de la autonomía del Derecho Fiscal. Desde el año mil novecientos treinta aproximadamente la jurisprudencia de los Tribunales de Hacienda empezó a orientarse cada vez más por los intereses fiscales del Estado, en lugar de buscar, como exigía la misión que estaba llamada a cumplir, un compromiso razonable entre los intereses del Estado y los del ciudadano. La teoría de la autonomía del Derecho Fiscal fue utilizada sobre todo como instrumento para ampliar las obligaciones tributarias con base en la ley, derivándose de ella una interpretación bastante libre de las leyes fiscales. De este modo fueron conculcados principios esenciales del Derecho civil. Por ejemplo, conforme a los principios de nuestro Derecho mercantil la responsabilidad del socio comanditario de una “sociedad comanditaria” queda limitada al importe de su participación en la sociedad; de esta manera se trata de reducir el riesgo de esta clase de socios. Contrariando esta clara manifestación de voluntad del legislador resolvieron los Tribunales de Hacienda que el socio comandi-

tario había de responder con todos sus bienes del pago del impuesto industrial de la sociedad. De forma análoga fueron consideradas absolutamente inexistentes en el ámbito del Derecho Fiscal algunas estipulaciones civiles concluidas con un propósito serio — así por ejemplo los contratos de trabajo entre cónyuges. De esta manera fue pervertida una teoría científica de por sí razonable y fundada.

También en este orden de cosas supuso un cambio de orientación la sentencia del Tribunal Constitucional Federal relativa al impuesto industrial. Pues esta resolución significaba a fin de cuentas que el legislador puede apartarse, ciertamente, de los principios del Derecho Civil al elaborar las leyes tributarias, pero solamente en aquellos casos em que tal apartamiento esté objetivamente justificado. De este modo se trazaben límites a una interpretación demasiado extensiva de las leyes fiscales. A raíz de dicha sentencia el legislador sometió a revisión la jurisprudencia relativa a la responsabilidad del socio comanditario; el Tribunal Constitucional calificó de anticonstitucional la negativa a reconocer los contratos de trabajo entre cónyuges. Ello ha movido luego a los Tribunales de Hacienda a reconsiderar su jurisprudencia en algunos otros sectores. Ciertamente es que todavía hoy existe un buen número de puntos controvertidos, pero en líneas generales puede decirse que hemos vuelto a un grado razonable de autonomía del Derecho fiscal frente al Derecho privado.

IV.

Otro tema debatido de que hubo de ocuparse en varias ocasiones el Tribunal en sus resoluciones es el problema de la dirección y control de la Economía por medio de las leyes tributarias. Todos ustedes saben que en los últimos decenios el Estado trata de influir en una medida que tiende a crecer — sobre la vida económica sirviéndose

como instrumento del Derecho fiscal. Era sin embargo discutible el grado en que nuestro Derecho Constitucional admitía tal intervención en la Economía por medio de las leyes tributarias. Pues una de las notas que definen el concepto de impuesto — o al menos lo definían en un principio — es la de que tiene que ser recaudado para cubrir las necesidades financieras del Estado. Ciertamente es que los economistas abandonaron hace ya tiempo este criterio. Pero el jurista ha de proceder con más rigor en cuestiones de esta naturaleza y especialmente en Alemania, aunque no fuera por otro motivo que por estar regulada en la Ley Fundamental la competencia para legislar en materia fiscal de una forma que difiere en parte de la competencia para dictar las leyes destinadas a controlar la Economía, de tal manera que desde el punto de vista del Derecho Constitucional podría llegar a ser de importancia determinar si un gravamen que persigue una finalidad dirigista en el sector económico puede calificarse todavía de “impuesto” o no.

El Tribunal Constitucional Federal tuvo que ocuparse de esta cuestión por primera vez en mil novecientos sesenta y tres. Por exigencias de la política de transportes había sido introducido por entonces un impuesto especial que gravaba la cifra de negocios de las empresas de transporte que fueran propiedad de empresas industriales. Con este impuesto se aspiraba a hacer retroceder, en beneficio de los ferrocarriles del Estado, los servicios de transporte propiedad de las empresas industriales; por tanto debía cumplir en primera línea la función de dirigir la actividad económica y solo en segundo término perseguía la obtención de ingresos para el Fisco. El Tribunal Constitucional consideró admisible que una ley tributaria persiguiera tal finalidad: solamente perdería su cualidad de auténtica ley tributaria — afirmó el Tribunal — cuando el impuesto tratara de impedir completamente la actividad sujeta al mismo, es decir, cuando la ley ya de antemano

renunciara a obtener ingresos — o al menos ingresos substanciales. El Tribunal Constitucional Federal estimó igualmente admisible una ley por la cual, con objeto de restringir la importación de capital, los intereses de las obligaciones de empresas alemanas quedaban sujetos también al impuesto a los réditos cuando estuvieran en manos de un acreedor extranjero. También en este caso, en opinión del Tribunal Constitucional, era todavía compatible el objetivo de política económica de la ley con la finalidad recaudatoria del impuesto. Habría que añadir que en el aspecto económico aquella medida no resultó precisamente acertada.

Por otra parte en ambas decisiones se expresa que el Tribunal Constitucional dejaría de considerar como “impuesto” un gravamen cuando éste ya no sirviera en modo alguno a la obtención de ingresos. Permítanme ustedes que ilustre esta materia con un ejemplo procedente de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América: Bajo Roosevelt se quería someter las empresas mineras al control del Estado; a este fin se gravó a todas las empresas con un impuesto del que sin embargo podían ser dispensadas si aceptaban determinadas reglamentaciones del Estado. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió entonces que un gravamen de tal naturaleza no podía considerarse ya como “impuesto”, sino que era una especie de sanción pecuniaria (“penalty”). El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania no fallaría seguramente de modo diferente en un caso como éste.

En relación con las leyes fiscales dictadas con fines intervencionistas hay que tener además en cuenta — y el Tribunal Constitucional lo ha subrayado en repetidas ocasiones que solo serán admisibles, desde el punto de vista del Derecho Constitucional, cuando estén en conformidad con los principios del mismo y en especial con el principio de igualdad. Así el Tribunal declaró nula una ley por la cual se gravaba con un impuesto industrial especial a aquellas empresas comerciales minoristas que tuvieran una

sucursal en otro término municipal. Esta disposición aspiraba a proteger a las empresas medias contra la competencia de los supermercados que se hacía cada vez más intensa. Pero el Tribunal senaló con razón que la disposición — en la forma que había sido redactada — tenía que ser también aplicada a las empresas medias que se pretendía proteger con la medida. Además de ello — siguió argumentando el Tribunal — los supermercados que no tenían sucursales y por tanto operaban dentro de un solo término municipal representaban un peligro exactamente igual para sus pequeños competidores y sin embargo no se preveía la aplicación del impuesto especial a esta clase de empresas. La disposición significaba una desigualdad de trato para las empresas con sucursales, la cual carecía de justificación objetiva atentando por ello contra el principio constitucional de igualdad. Por las mismas razones el Tribunal Constitucional declaró más tarde también anticonstitucional el impuesto con que se quería gravar las sucursales de las empresas bancarias.

Finalmente en una resolución de Diciembre de mil novecientos sesenta y seis el Tribunal Constitucional sometió a examen la constitucionalidad de todo el sistema alemán del impuesto sobre la cifra de negocios de las empresas.

El impuesto alemán sobre la cifra de negocios de las empresas es un impuesto general sobre el gasto que grava a lo largo de todas las etapas del proceso de distribución de bienes cada transmisión onerosa de mercancías y cada prestación de cualquier otra naturaleza. Hasta el fin del año pasado la cuota impositiva se estimaba aplicando un tanto por ciento fijo a la suma pagada por la prestación por lo regular un cuatro por ciento. De esta manera los productos que habían de recorrer un gran número de etapas en el proceso de producción o de distribución eran gravados en cada una de ellas con un gravamen del cuatro por ciento. A ello se añadía que todo industrial o comerciante al calcular sus precios incluía el impuesto

suobre la cifra de negocios pagado y que estos precios servían a su vez de base para hacer la estimación del impuesto en la fase siguiente. El impuesto sobre la cifra de negocios iba por consiguiente aumentando de etapa en etapa; en Alemania se hablaba de un “impuesto alud” o de un impuesto en cascada. Con esta reglamentación resultaban muy favorecidas en el orden tributario aquellas empresas que abarcaban varias etapas del proceso de producción o distribución, es decir, las empresas “concentradas verticalmente” y perjudicadas las que solo controlaban una de dichas fases. Como las prestaciones y servicios de las empresas concentradas eran gravados en menor medida con el impuesto sobre la cifra de negocios, podían calcular precios más bajos y de esta manera ofrecer para sus productos mejores condiciones que sus competidores.

De este modo el sistema del impuesto sobre la cifra de negocios favorecía la concentración vertical. Este efecto resultaba solo en parte suavizado por medio de la institución jurídica del llamado “organicismo” (“Organschaft”). Si se cumplían determinados requisitos eran consideradas la sociedad matriz y la sociedad filial como una empresa única a efectos impositivos, de tal modo que los suministros de la sociedad matriz a la sociedad filial y viceversa no estaban sujetos al impuesto sobre la cifra de negocios. Con esta excepción se suavizaba ciertamente, con relación a las empresas integradas en un concern o holding, la desventajosa situación en que se encontraban las empresas que “controlaban una sola fase” del proceso productivo; tanto más desventajosa era en cambio la posición de aquellas empresas que no pertenían a un concern.

Algunas de las empresas que se encontraban en esta situación habían interpuesto ante el Tribunal Constitucional un recurso contra esta desigualdad de trato. En su sentencia el Tribunal llegó a la conclusión de que, en efecto, el sistema jurídico alemán regulador del impuesto sobre la cifra de negocios, en la forma que les acabo de

exponer brevemente, originaba considerables desigualdades que no podían justificarse objetivamente. Con ello sin embargo el Tribunal se hallaba ante un dilema cuya solución no había previsto la Constitución. Pues como ya dije al comienzo de mi conferencia en Alemania se considera la ley anticonstitucional como nula desde un principio; el Tribunal Constitucional Federal no hace sino constatar y declarar esta nulidad. El Derecho Constitucional no prevé la posibilidad de dejar sin efecto una ley solo para el futuro. A pesar de las dudas que abrigaba respecto a su constitucionalidad el Tribunal no pudo declarar la nulidad absoluta de la ley del Impuesto sobre la Cifra de Negocios, ya que este impuesto constituía la fuente mas importante de ingresos para la Federación. Produce anualmente de cuarenta a cincuenta mil millones de marco; más de una tercera parte del presupuesto federal es cubierta con los ingresos procedentes del impuesto sobre la cifra de negocios. Por esta razón si el Tribunal Constitucional hubiera declarado la nulidad de la ley que lo regula, se habría producido un caos financiero; las desventajas que tal decisión hubiera supuesto para la generalidad de los ciudadanos habrían sido muy superiores a los perjuicios que causaba el sistema vigente a algunos grupos, sibien importantes, de ciudadanos.

En dos casos análogos — si bien no del sector del Derecho tributario — el Tribunal había encontrado ya una salida, que en esta forma solo podia habersele ocurrido a un jurista: en ambos casos declaró que si bien era cierto que la ley en cuestión no era en aquel momento todavía contraria a la Constitución, si se tenía en cuenta el curso que probablemente tomarían las cosas, en un tiempo no lejano sería con seguridad anticonstitucional. De este modo quedaba el legislador prácticamente obligado a llevar a cabo sin demora la necesaria reforma de las leyes en cuestión. En el caso del impuesto sobre la cifra de negocios no podía adoptarse esta solución, por lo que el Tribunal resolvió en un sentido que nuestra Constitución

no prevé en absoluto: verdad es que en su sentencia concluye que la Ley del Impuesto sobre la Cifra de Negocios, objeto de la impugnación, infringía el principio de la igualdad, pero a pesar de ello no declara abolida la ley sino que obliga al legislador a dar cima a la mayor brevedad a la reforma del Derecho alemán regulador de dicho impuesto, reforma que se venía preparando ya desde hacía tiempo.

Entretanto ha entrado en vigor esta reforma. El impuesto grava hoy también cada una de las fases del proceso de distribución de bienes; pero el empresario está ahora autorizado a deducir de su cuota impositiva el importe del impuesto pagado en todas las fases anteriores y que hubiera sido repercutido sobre él a través del precio de la mercancía. De esta manera queda asegurado que todo bien económico al llegar al consumidor ha sido gravado en la misma proporción; ya no es posible la desigualdad de trato de las pequeñas empresas. El tipo impositivo es en la actualidad del once por ciento.

V.

Permítanme ustedes que para concluir me ocupe de un caso procedente del Derecho que regula el procedimiento de gestión tributaria:

El procedimiento para la estimación y liquidación del impuesto está regulado en Alemania por la Ley Tributaria del Reich (Reichsabgabenordnung) de trece de diciembre de mil novecientos diecinueve. En su tiempo fue ésta una ley muy avanzada; en el tiempo transcurrido diversas reformas la han complicado bastante; además de ello se ha modificado en la práctica el procedimiento de gestión tributaria, sin que se haya adaptado suficientemente el Derecho que lo regula.

Con arreglo a la Ley Tributaria la piedra angular del procedimiento de gestión tributaria está constituida por la

“estimación de la cuota impositiva”. Primeramente el contribuyente presentará una declaración sobre el monto y la composición de sus ingresos, de la cifra de sus negocios, etc.. La Delegación de Hacienda competente comprobará esta declaración tributaria, consultando a este efecto si fuera necesario los libros de comercio del contribuyente; sobre la base de esta comprobación se practica y notifica la “liquidación del impuesto”.

Es obvio que tal procedimiento da muchas facilidades al contribuyente para sustraerse total o parcialmente al cumplimiento de su deuda tributaria haciendo falsas indicaciones. Las posibilidades de control de que puede hacer uso la Delegación de Hacienda son reducidas. Por esta razón ya desde hace decenios, tratándose de los “grandes” impuestos a los réditos y sobre la cifra de negocios, el procedimiento es completamente distinto en la práctica. Cuando el contribuyente es un trabajador dependiente y también cuando se trata de ciertos intereses y dividendos, el impuesto a los réditos es recaudado por medio de la llamada “retención indirecta”; el patrono o el deudor de los dividendos está obligado a retener los impuestos y a ingresarlos directamente en la Caja de la Delegación de Hacienda. Cuando se trata de empresarios independientes el procedimiento de estimación de la cuota impositiva es completado con una investigación en la misma empresa.

En la actualidad al hacerse la estimación la Delegación de hacienda comprueba la declaración tributaria solo someramente y en base a la misma se acordará por de pronto la liquidación tributaria. Pero además de ello cada empresa es sometida, según un turno de varios años, a una investigación especial. Funcionarios de la Administración de Hacienda especialmente instruidos para este fin acuden a las oficinas de la empresa en cuestión y examinan sobre el terreno todos los libros y documentos. Los funcionarios sacan extractos de los libros de contabilidad de las empresas y los comparan con los asientos de la contabilidad de las otras empresas con las que mantienen

relaciones de negocios. Este es un procedimiento muy eficaz; es muy difícil que a uno de estos expertos funcionarios le pase inadvertido un fraude fiscal. Muchas veces se trata solamente de que el empresario enjuicia, en el aspecto tributario, de forma diferente determinados hechos o actividades negociales y por ello los contabiliza también de un modo que difiere del que la Administración estima correcto. Ello determina que por lo regular una de estas investigaciones traiga consigo la reclamación del pago de considerables sumas en concepto de impuestos complementarios; el año mil novecientos cincuenta y uno fue posible en un solo Estado de la Federación aumentar por medio de investigaciones efectuadas en las empresas en un setenta y ocho por ciento con respecto al año anterior el importe de las sumas reclamadas en concepto de impuestos complementarios (desgraciadamente no dispongo de datos más recientes).

Sucede sin embargo que a veces la Administración va demasiado lejos en la práctica de este procedimiento, de por sí muy razonable y útil. Al investigar sociedades mercantiles algunos funcionarios han empezado a exigir últimamente ya desde que inician la investigación las actas de todas las sesiones de sus consejos directivos. En estas actas, como es natural, están consignados muchos datos que la empresa quisiera mantener secretos. En cambio para la investigación que se realiza a efectos fiscales suelen ser intrascendentes, siendo suficiente para este fin el examen de la contabilidad de la empresa. Pero la Administración podía apoyarse en una disposición — el párrafo doscientos uno de la Ley Tributaria — que la jurisprudencia de los Tribunales de Hacienda había venido interpretando desde hacía más de treinta años como una *autorización prácticamente ilimitada* que se concedía a los funcionarios censores para dictar órdenes particulares de toda clase.

Ya desde mil novecientos sesenta venimos señalando que esta interpretación del párrafo doscientos uno de la

Ley Tributaria no puede conciliarse con nuestro Derecho Constitucional. El Tribunal Constitucional Federal ha hecho observar ya en diversas ocasiones que con arreglo a los principios de un Estado de Derecho *todas* las autorizaciones concedidas a la Administración debían tener un contenido concreto y delimitado. A pesar de esta crítica el Tribunal Supremo Federal de Hacienda siguió aferrado a su interpretación; sin embargo con ocasión del litigio que acabamos de referirles se vio obligado a revisar su jurisprudencia. Si el Tribunal hubiera sancionado en su sentencia la orden de presentar las actas de las sesiones del consejo directivo, las empresas interesadas hubieran acudido con toda seguridad al Tribunal Constitucional Federal.

En Tribunal Supremo Federal de Hacienda se ha adherido ahora a la tesis que veníamos defendiendo desde hacía años: el funcionario encargado de la investigación puede consultar los libros y los documentos de la contabilidad; solamente estará autorizado a dictar órdenes que traspasen este límite cuando tenga fundamentos concretos para suponer la existencia de un fraude fiscal. Por esta razón en el caso de autos no era procedente la exigencia de presentar las actas de las sesiones del consejo directivo. Esta es una solución conforme con los principios constitucionales y — en mi opinión — también una solución razonable. También ella la debemos (indirectamente) a los fallos del Tribunal Constitucional.

Señoras y señores: estos son algunos ejemplos del Derecho tributario alemán que pueden haberles dado — ese era mi deseo — una idea de la importancia que en la actualidad tiene la jurisprudencia constitucional para nuestro Derecho tributario. También entre nosotros se discute, como es natural, si este influjo ha de valorarse positiva o negativamente. Mi opinión es que nunca podremos ponderarlo bastante.

Pronunciamento*.

Goffredo Telles Junior

Catedrático de Introdução à Ciência do Direito
na Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Senhor Diretor, Senhores Professôres.

Parece-me que é chegada a hora de um cuidadoso exame de consciência.

Quero que meus eminentes Colegas me perdoem a petulância desta sugestão. Apresso-me a dizer que não me exclúo do rol daqueles a quem ela é dirigida.

Na luta política, as vaidades, às vêzes, se exacerbam, e somos levados, desprevenidamente, a super-estimar as nossas próprias idéias e a denegrir as idéias que nos são contrárias. Sem querer, erigimo-nos em oráculos do verdadeiro. Depois, superado o momento crítico da batalha, verificamos os danos a que nosso orgulho deu causa. Então é que se torna propício um exame de consciência. E fâcilmente nos convenceremos de que melhor teria sido *respeitar* a opinião dos que não pensam como nós.

O Professor MIGUEL REALE, na última Congregação, se referiu à "*quadra sombria*" por que passa, atualmente, a Faculdade de Direito, e manifestou seu grande desejo de ver restabelecido o clima de compreensão, que aqui sempre reinou.

* Lido na Congregação dos Professôres da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 13 de fevereiro de 1969.

Foi precisamente para me manifestar sôbre a urgente necessidade de compreensão, que ousei solicitar, de nosso Diretor, a Congregação que ora se realiza.

Peço venia para dizer o que penso a êste respeito, em breves e incisivas palavras.

Estou convencido, Senhores Professôres, de que o clima de compreensão requer reciprocidade de tratamento. Não haverá clima de compreensão enquanto a compreensão só fôr exigida de alguns e não de todos. Não haverá clima de compreensão enquanto compreensão for entendida como abdicação forçada das idéias de uns, para aceitação forçada das idéias que outros proclamaram como verdadeiras.

Não haverá clima de compreensão enquanto houver donos da verdade.

Compreensão não significa, evidentemente, *aceitação* das idéias alheias. Significa *respeito* pelas idéias alheias.

Respeito pelas idéias alheias! Eis o que não tem soejado em nosso meio.

Penso que não exagero quando faço esta afirmativa. Penso não estar anunciando nada de novo. A luta extremou os partidos. As posições se radicalizaram. E alguns de nós, se não me engano, nem sempre se contiveram dentro dos limites da prudência e do razoável.

Houve acusações de lado a lado. Uns foram chamados de subversivos e de desordeiros. Os outros, de balautes empedernidos da reação. As duas acusações são falsas. Todos nós, o que queremos, em verdade, é uma só coisa: a renovação e o progresso da velha Academia.

O essencial, agora, é que façamos um supremo e sincero esforço para nos vencermos a nós mesmos, para vencermos, em nós, as teimosias da vaidade, e que reimplantemos, nesta Congregação, o regimem do respeito pelas idéias alheias.

Na Congregação, bem sabemos, não haverá sempre acôrdo sôbre todos os assuntos. Nada mais natural do que isto. Em conseqüência, o que devemos fazer é discutir amplamente as matérias, neste livre plenário, e, depois, livremente votar. Mas não nos hostilizemos pelo fato de haver quem não pense como nós.

O que torna “sombrio” o ambiente em qualquer congregação de homens livres não é, certamente, a divergência e o choque das idéias, mas, sim, a intolerância, a intransigência, a vaidade dos que se julgam a própria encarnação da verdade.

Não permitamos que se apodere de nós a mentalidade, rasteira e mesquinha, dos vingativos e dos perseguidores. Não fiquemos a procurar motivos para prejudicar os que não concordam com nossa política. Não nos deixemos dominar pela mania punitiva.

Muito prejudiciais são os atos determinados pela radicalização das posições. Muito prejudiciais, também, os atos determinados por quaisquer outros motivos, mas que têm a *aparência* de serem efeitos dessa radicalização. Muito prejudiciais são os atos que atingem e ferem precisamente aquêles que não comungaram nas nossas idéias. Tais atos não aproveitam ao programa do desarmamento dos espíritos. O que acontece é que êsses atos jamais são esquecidos. Permanecem bem vivos, na memória dos que são por êles atingidos. Vão se somando uns aos outros, provocando uma acumulação crescente de descontentamentos, até criar um clima de indignação e de revolta, que é exatamente o clima que detestamos.

E não nos devemos esquecer de que êsse clima de indignação e de revolta, se, por hipótese, fôsse instalado nesta Congregação, não poderia mais, por fôrça das circunstâncias criadas pela própria crise estudantil, ficar restrito a esta sala, e tenderia, forçosamente, a provocar, no seio de tôda a Universidade, desde o corpo discente até o Conselho Universitário, um movimento geral de repulsa contra perseguidores e vingativos.

Parece-me oportuno lembrar que o respeito pelas idéias alheias não existe enquanto se limita a declarações verbais. Respeito não é somente palavra, vocábulo. Respeito não é somente promessa. Respeito é ato, é ação. Esta é a razão pela qual não ha possibilidade de respeito pelas idéias alhêias em regimem de represálias, ou em regimem de temor a represálias. Não há possibilidade de respeito pelas idéias alheias em regimem que tenha por lema: “Para os amigos, tudo; para os adversários, a lei”.

Todo ato que revele um tal regimem deve ser denunciado, imediatamente, como ato de natureza fascista, que ninguém está disposto a tolerar.

Creio que todos nós concordamos, plenamente, com o que acabo de dizer.

Mas, Senhores Professôres, o que desejo acrescentar, com ênfase, a estas afirmações, é que não há possibilidade de respeito pelas idéias alheias e de conseqüente clima de compreensão, em regimem no qual se atribuem, aos adversários, idéias que êles nunca sustentaram, e se lhes imputam atividades que nunca tiveram.

Com um real sentimento de tristeza, para não dizer de repugnância, venho acusar êste crime contra o pensamento, que está sendo praticado, em larga escala, com leviandade e perseverança, em diversos setôres desta Faculdade.

Tenho sido vítima de tal atentado. Fui tachado de marxista, comunista, ativista. Fui acusado de fomentador da desordem. Houve quem me culpasse de organizar células subversivas. Cheguei a ser apontado como *pivot* da cisão em nossa grei.

Seja-me permitido confessar que há, em mim, um profundo sentimento de respeito, uma velha e imensa gratidão pelos grandes mestres desta Casa. Não posso permitir que perdure, no espírito de meus eminentes Professôres, a mais leve dúvida, a mais leve inquietação

sôbre o que sou e sôbre o que faço. Não posso permitir que deslavadas mentiras prevaleçam sôbre o que verdadeiramente penso e sôbre o que verdadeiramente pretendo.

Não quero que êste pronunciamento contenha uma só expressão apaixonada. Sufoco, dentro de mim, o ímpeto de revelar aqui os motivos secretos da campanha que vem sendo movida contra minha pessoa, assim como os nomes dos veneníparos que a fomentam. A sabedoria da Congregação dará às acusações de que sou alvo, e a seus inventores, o qualificativo que merecem.

Aí está minha vida. Aí estão meus livros. Luz de meridiana clareza revela os passos de minha singela existência. O que fiz de bom e o que fiz de máu, todos o sabem. Nada tenho de oculto.

Que estranha impressão me causa a necessidade de vir eu perante Vossas Excelências para proclamar: “Não sou marxista, não sou comunista”! Quem não conhece o invariável sentido de tôdas as minhas campanhas políticas? Como posso eu ser marxista e comunista, se minhas idéias são as que acabam de ser expostas em meus dois últimos livros? Como posso eu ser marxista ou comunista se acabo de proferir, no Curso de Especialização, uma longa série de aulas sôbre o Estado Socialista, nas quais mostrei, em análise minuciosa, os motivos doutrinários de minha oposição às instituições soviéticas?

Devo dizer, a bem da exatidão, que meu anti-marxismo, meu anti-comunismo não é, certamente, a atitude cômoda de quem se deixou envolver pelos laços do capitalismo, e seduzir pelas indolências da mentalidade burguesa. Não sou anti-comunista porque goste da vida burguesa ou porque seja mandatário de capitalistas.

Embora ligado por laços antigos à burguesia e ao capitalismo de meu País, sou contra o sistema capitalista e burguês. Nesse ponto, continuo na posição em que sempre estive, desde a minha juventude. Continuo na

posição que me foi inspirada pela *Rerum Novarum* e pela *Quadragesimo Anno* e que, agora, foi revalorizada pela *Mater et Magistra*, pela *Pacem in Terris* e pela *Populorum Progressio*. Continuo na posição que foi a de MIGUEL REALE, em seus livros *A Formação da Política Burguesa* e o *Capitalismo Internacional*. Na posição que foi a de ALFREDO BUZAID. Não se veja, portanto, no meu anti-capitalismo, na minha oposição ao espírito burguês, nenhuma novidade.

Não sou marxista, nem comunista, por duas ordens de motivos: motivos de ordem filosófica e motivos de ordem política.

Nada me seria mais fácil do que expor, de um em um, numa ordem rigorosa, todos êsses motivos. Não o farei agora, evidentemente, porque êste não é o momento para uma tal dissertação.

Direi, apenas, que meu pensamento me conduz a paragens cada vez mais distantes do marxismo. Hoje creio que não tenho dúvidas de que é falsa a separação, feita pelo Materialismo Dialético, entre matéria e consciência. A Física moderna já quasi me autoriza a afirmar que *tudo é vivo*. Depois dos trabalhos de OPARIN, HALDANE, STANLEY MILLER, CALVIN, PONNAMPERUNA, SAGÁN. SCHRAMM, JAMES WATSON; depois das recentes descobertas de ROBERT BRUCE MERRIFIELD e BERND GUITE, da Universidade Rockefeller de Nova York, e de ROBERT DENKEWALTER e RALPH HIRSCHMANN do Laboratorio Merk Sharp & Dhome de Nova Jersey, vai ficando difícil a distinção entre corpos vivos e corpos não vivos. Vejo confirmar-se a milenar tese bramânica. Tudo na natureza parece estar vivo. Desde sempre, a vida parece mover-se no âmago da matéria. E se tudo é vivo, toma importância extraordinária a hipótese, formulada por BERGSON, de que o Universo total progride, quem sabe, à maneira de uma consciência (*A Evolução Criadora*, Cap. I).

TEILHARD DE CHARDIN, sacerdote e paleontólogo, num texto célebre, escreveu: “Não procuro definir o que é Espírito nem o que é Matéria. Digo tão somente, sem abandonar o terreno da física, que a maior das descobertas feitas pelo nosso século é provavelmente o haver reconhecido que a marcha do Tempo deve ser medida principalmente por uma aglomeração gradual da Matéria em escalões sobrepostos, cuja composição, cada vez mais rica e mais centrada, se auréola de uma franja sempre mais luminosa de liberdade e interioridade. Os fenômenos da consciência crescem sobre a Terra em razão direta de uma organização cada vez mais avançada dos elementos” (*O Futuro do Homem*, pags. 89 a 91).

Aliás, já na segunda década deste Século, SHRI AUROBINDO assinalava que “era singularmente significativa a orientação da ciência em direção de um monismo que é compatível com a multiplicidade”. “Quando estivermos curados”, escreve AUROBINDO, da ignorância separadora, que nos faz sentir um abismo entre a Vida e a Matéria, é difícil supor que o Mental, a Vida e a Matéria não se apresentem senão como uma só e única Energia, exprimindo-se em três formas” (*A Vida Divina*, I, Cap. II).

A “ignorância separadora”, a que se refere AUROBINDO, será curada no dia em que os cientistas redescobrirem a chave do conhecimento extra-sensorial.

ARISTOTELES e SANTO THOMAZ afirmaram que nada existe no intelecto que não haja estado nos sentidos. Os filósofos do Materialismo Dialético, insistindo na mesma tese, sustentam que todo conhecimento parte dos órgãos sensórios. Os laboratórios modernos, porém, demonstram, sem sombra de dúvida, que na inteligência existe um mundo de conhecimentos que nunca passaram pelos sentidos.

O grupo RHINE, da Fundação para a Pesquisa sobre a Natureza do Homem, anexo à Universidade de Duke, nos Estados Unidos da America; o grupo VASILIEF, do

Laboratório de Parapsicologia da Universidade de Leningrado, e uma plêiade de psicólogos espalhados pela Terra, todos fundados em milhares de experiências rigorosas, asseveram que duas são as maneiras de conhecer o Mundo, a sensorial e a extra-sensorial, e que a percepção extra-sensorial transforma totalmente a nossa visão do Universo. Espaço e tempo se esvaem e, em consequência, as leis da matéria, que julgávamos haver descoberto, perdem seu sentido e seu valor. A própria matéria se metamorfosea. A matéria existe, sim, mas não como agora a vemos; existe como energia e pensamento. No Mundo, que a percepção extra-sensorial desvenda diante de nós, as coisas despertam ao frêmito afoito, ao alvissareiro e férvido bater d'azas da liberdade ressurrecta.

A liberdade, que fôra derrotada pelas teses do determinismo universal, ressurge das cinzas, e volta a inspirar as teses dos filósofos.

E, das teses dos filósofos, desce, como era inevitável, para as concepções dos políticos.

Sim, eu creio na liberdade. Creio nela, não apenas porque a sinta borbulhar em mim, mas porque ela se impõe a meu espírito, como uma realidade palpitante. E é com essa crença que eu construo meu sistema político.

Exatamente porque eu creio na liberdade, não suporto nenhum regimem que a negue. Não suporto nenhum regimem em que a vontade do Govêrno não reflita a vontade dos governados. A meu ver, o único regimem compatível com a dignidade humana é aquêle que assegura a permanente penetração da vontade dos governados nas decisões dos governantes. A êsse regimem é que chamo Democracia.

E aqui é que me coloco, novamente, em oposição ao Comunismo. Na Democracia que desejo, a penetração da vontade dos governados nas decisões dos governantes é *efetiva* e *constante*. Não vou, agora, explicar os

processos que preconizo, para a realização de um tal regime. O que preciso frizar é que minha oposição ao Comunismo, em matéria política, está em que, no Estado Soviético, a vontade dos governados é a que o *Partido Comunista manifesta*, enquanto que, no Estado descrito em meus livros, a vontade dos governados é a que os *próprios governados manifestam*.

Essa diferença, existente entre o Estado Soviético e meu Estado Democrático, se agiganta, ao se saber que o Partido Comunista, longe de acolher, como às vèzes se pensa, tôda a população do país, sòmente admite, em seus quadros super-selecionados, a nova aristocracia dos chamados “homens comunistas”. Na Rússia, sòmente três por cento da população pertencem ao Partido.

Eu creio na Democracia Representativa e abomino o totalitarismo soviético.

Mas não sòmente creio nela. Tudo tenho feito para vê-la implantada.

Para vê-la implantada, escrevi, em 1965, um livro intitulado *A Democracia e o Brasil. Uma doutrina para a Revolução de Março*, e ofereci-o ao Governô Revolucionário do Presidente Castelo Branco.

Para vê-la implantada, é que sugeri, em época recente, a elaboração, pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, de um projeto de Constituição para o Brasil. Sempre animado do mesmo propósito, é que aceitei o pesado encargo de Coordenador da Comissão de Professôres, que êsse Instituto, acolhendo minha sugestão, designou, especialmente, para redigir um anteprojeto de Constituição, Seja-me permitido lembrar que a Comissão, a que me refiro, ficou formada dos seguintes Professôres: ALFREDO BUZUID, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, OLIVEIROS FERREIRA, JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA e eu próprio. Era Presidente do Instituto, nessa ocasião, nosso inesquecível Professor JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA. A simples relação dêsses nomes revela, imediatamente, a tendência

doutrinária da Comissão. E o anteprojeto por ela apresentado, e que foi remetido aos Poderes competentes, não deixa dúvidas sobre a orientação espiritual de seus autores.

Para dar mais uma contribuição pessoal, em favor do aperfeiçoamento da Democracia brasileira, publiquei, no jornal *O Estado de S. Paulo*, durante a fase da elaboração de nossa atual Constituição, uma série de longos artigos sobre a reformulação das instituições políticas de nosso País.

Por amor à Democracia Representativa, foi esse o regime em que procurei viver nesta Faculdade, durante os meses de minha permanência no expediente da Diretoria.

Relevem-me, Senhores Professôres, o desprimor de minha alusão ao tempo em que exerci as funções de Diretor. Em virtude das circunstâncias em que me encontro, sou obrigado a lembrar que, nesse tempo, importantes sectores da Universidade estavam em crise. Faculdades haviam sido tomadas por estudantes. Professôres foram desacatados. As greves se alastravam pelas Escolas. Na Faculdade de Direito, porém, graças aos processos democráticos aqui empregados, *durante todo o tempo em que fui Diretor*, não houve sinal da mais leve perturbação da ordem.

Meus detratores, que me caluniam e que me chamam de subversivo, jamais conseguirão escamotear tal realidade.

Foi nessa época, no dia 1.º de Março de 1968, que recebi dos estudantes, representados pelo Centro Acadêmico XI de Agosto, um ofício-diploma, que conservo, carinhosamente, junto a minha mesa de trabalho.

Conhecendo, como conheço, a história da Academia, bem sei que esta Faculdade só sabe viver em atmosfera democrática. Até as pedras do Pátio se erguem contra os profanadores de nosso Templo. Até as pedras do Pátio se ergueram contra os déspotas que aposentaram, compul-

sòriamente, em 1939, durante a tirania do Estado Novo, “*por conveniência do regime*”, três egrégios professores desta Casa: ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA, WALDEMAR FERREIRA e VICENTE RAO. Até as pedras do Páteo se erguerão, agora e sempre, contra quaisquer insensíveis ou frívolos, que porventura quizerem, em nome de suas “verdades” subjetivas e de seus egoísmos momentâneos, perseguir alunos, preterir livre-docentes, ferir catedráticos.

Vossa Excelência, Senhor Diretor, e todos nós em torno de Vossa Excelência — e também, certamente, o Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça, Professor Luís Antônio da Gama e Silva, que sempre foi considerado como um dos mais ilustres e mais queridos mestres desta Casa —, todos nós aqui estamos, como sempre, irmanados sob as velhas Arcadas, para cumprir nosso dever.

A doença de que padece a nossa Academia é uma doença espiritual. O Professor VICENTE MAROTTA RANGEL me disse, há dias, que a Faculdade estava precisando de uma *conversão*.

Sim, de uma *conversão*, mas, também, de *humildade*. Da humildade dos que *pensam* estar convertidos.

Conversão e humildade. Profundo respeito pelo próximo. Compreensão. Disposição de *servir*, mesmo com prejuízo de si próprio. Disposição de *servir* como a de quem se dêa. *Sentir* a Academia. Vibrar com os estudantes. Ser estudante. Sofrer com os estudantes. Alegrar-se com êles. Amá-los. Amá-los mesmo quando estiverem errados. Nunca enganá-los. Nunca humilha-los. Impregnar-se da idéia de que a Faculdade existe *para êles*. Amar os colegas professores. Irmana-los e iguala-los no coração. Ouvi-los com devotamento. Entendê-los. Participar de seus empreendimentos. Solidarizar-se com êles. Amar os funcionários. Inteirar-se realmente do problema de cada um. Ajudá-los com extrema dedicação. E de todos, dentro e fora da Escola, ser o amigo certo, indefectível incondicional.

E conhecer a Faculdade! Conhecer cada secção, cada serviço. Saber exatamente como funcionam os órgãos do Instituto. Estar em condições de sugerir soluções realistas para os problemas de cada setor.

Encarnar a alma da Academia! Que aspiração, para um Diretor!

Vejo a Faculdade arrastar-se tristemente, mais desiludida do que nunca. Falta-lhe o calor da ordem amada. Uma onda subversiva lhe impôs uma paz de geleira.

O de que ela precisa é ser galvanizada.

Senhor Diretor: Reacenda a Chama Sagrada da Eterna Academia!

Quanto a mim, o que desejo é servir a minha Escola. Dentro destas paredes, leciono há vinte e nove anos. Ha vinte e oito anos que sou Professor de Direito. Tôda a minha vida de homem, passei-a sob as Arcadas. Pela Faculdade, larguei a advocacia, deixei o Parlamento Nacional, renunciei à carreira política.

Minha Escola, minha Casa, minha sábia Academia... Quando penso nela, no silêncio de meu quarto, parece que sonho. Eu a vejo realizada, no pleno emprêgo de tôdas as suas potencialidades.

Vejo-a íntegra, completa e perfeita, na liderança revolucionária do pensamento brasileiro.

Administração e Direito*.

José Carlos Moreira Alves

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

Subo a esta tribuna honrado, porém surpreso.

Honrado — e é simples de compreender-se. A uma turma, como a vossa, de curso de pós-graduação, constituída de portadores de heterogêneos títulos universitários, e, conseqüentemente, sem os arroubos do sair da adolescência, não é fácil captar êsse complexo emocional que aproxima as pessoas e as faz identificarem-se. É mais difícil isso se torna quando se trata de professor de primeiro ano, cujo contato convosco se resumiu a um semestre, que, em verdade, se reduz a pouco mais de três meses.

Honrado, porém surpreso.

Por quê surpreso?

Surpreso, porque sou professor de direito em um curso de administração.

Não é de hoje que os autores, ocupando-se da administração em geral — e, particularmente, da pública —, observam que existe um antagonismo histórico entre ela e o direito.

Já houve mesmo — e quem o diz é JEAN CRUET neste livro esfusante de idéias: *La vie du Droit et l'impuissance des lois* (*A vida do Direito e a impotência das Leis*)

*. Oração de paraninfo do Curso de Extensão em Administração Pública, proferida no Auditório da Escola Brasileira de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, em 21 de dezembro de 1967.

— alguém que pretendeu extrair dessa observação este axioma:

“A administração é impossível se ela tem que conformar-se com as leis”.

Com isso, cuidou-se de transformar uma tendência psicológica em dogma. O que é um mal, pois as tendências nocivas se combatem, enquanto que os dogmas justificam, sem explicar.

O que ocorre, em verdade, é que as leis, como instrumentos de ordem, e, em consequência, de paz, são, em última análise, freios que procuram conter-nos dentro de nossa esfera de atuação lícita, impedindo-nos de ingressar, injustamente, no campo de atividade do nosso próximo.

Ora, o administrador é, constitutivamente, um homem voltado para a ação.

E qual o homem de ação que se não rebela contra a contenção de freios?

Daí a razão por que aos processos estritamente conformes à legalidade, e, por isso mesmo, mais entravadores, o administrador, por formação profissional, dá preferência a outros mais econômicos, rápidos e eficazes.

Mas, não é esse o único motivo que induz o administrador a, não raras vèzes, insurgir-se contra a observância estrita da lei.

Administrar é, antes de tudo, manter a ordem. Para isso, é mister que os administradores disponham dos chamados poderes discricionários, que lhes conferem ampla liberdade de ação administrativa, cujos limites são, apenas, os contornos traçados pela lei. Mas o poder tem aversão a fronteiras. E, assim, há uma tendência, difícil de se lhe resistir, em passar-se, gradativamente, dos poderes discricionários aos poderes arbitrários. Figuras teòricamente muito distintas, mas, na prática, distantes menos de um passo uma da outra, pois da liberdade ampla dentro dos limites legais à liberdade mais ampla sem os limites da

lei, basta apenas não observá-los. Essa inobservância será tanto mais freqüente quanto menos reação se lhe opuser. E é o que, normalmente, ocorre. Muita vez os ofendidos em seus direitos preferem resignar-se a lançar mão do problemático, dispendioso e demorado apêlo ao Poder Judiciário. Não são muitos os que se pautam pela regra de VON IHERING: a luta pelo direito é um dever de seu titular consigo mesmo.

Esses, os dois fatores principais que formam a tendência psicológica do administrador com relação ao cumprimento da lei.

Tendência mais temível no administrador público, porque sua área de atuação é tôda a sociedade, ao contrário da do administrador privado que se circunscreve à de sua empresa.

Mas, a êsses fatores o mundo moderno acrescentou mais um, e poderoso: a descrença nas leis vigentes.

Não há sociedade sem direito. Graças a êle, estabeleceu-se aquêle mínimo ético indispensável a que os homens possam conviver, harmônicamente, coordenando seus esforços na dominação de si mesmos e das forças da natureza.

Nos dias que correm, é a lei o instrumento precípua pelo qual se faz adequar o meio de que se vale o direito — a força — com a consecução de seu fim último — a paz.

A lei — instrumento criado pelo homem para disciplinar, conscientemente, suas relações na sociedade, afastando, gradativamente, para plano inferior, a normatividade empírica do costume. Portanto, instrumento forjado para o bem — o estabelecimento da ordem —, mas que, como tudo no mundo, pode desvirtuar-se pelo mau emprego. Não foi ao acaso que atravessaram os séculos êstes versos de TIBULO:

“Quis fuit, horrendos primus qui protulit enses?
Quam ferus et uere ferreus ille fuit!
Tum caedes hominum generi, tum proelia nata
Et breuior dirae mortis aperta uia est.
An nihil ille miser meruit, nos ad mala nostra
Vertimus, in saeuas quod dedit ille feras?”
(Quem foi o que, primeiro, produziu as hórridas
espadas?)

Por certo, quão fero e duro foi êle!
Então os assassínios, então os combates nasceram
para o homem,
E caminho mais breve se abriu para a cruel morte.
Ou, porventura, aquêle mísero de nada foi culpado,
e nós, sim, é que empregamos em nossa
Destruição, o que êle nos deu contra as indômitas
feras?)

Ora, a lei se destina a disciplinar as relações humanas, que, além de extraordinariamente múltiplas, são profundamente complexas. E à medida que o progresso material do homem se alastra, cada vez mais surgem problemas angustiantes para a humanidade.

Já no século XVI, escrevia Frei HERTOR PINTO, na *Imagem da Vida Cristã*:

“Hai na língua hebréia quer dizer ajuntamento, ou como outros dizem, confusão. Que cidade é esta senão o mundo? É êle o ajuntamento de males, e a mesma confusão. Êste é o com que havemos de pelejar, e o que havemos em vencer, para descansarmos na verdadeira terra de promessa, que é a glória para sempre. Quereis vencer o mundo, fugi dêle”.

Fugi dêle — solução simplista de um místico que não pode, no entanto, ser adotada pelo Estado, na impossibilidade de fugir de si mesmo.

Que fazem, então, os Estados no instante em que vivemos, quando o universo todo está abalado pelo descompasso, que se agrava vertiginosamente, do progresso das ciências físicas e naturais com relação ao das ciências sociais? Socorrem-se da lei.

E, na ânsia de solucionar os problemas que a técnica criou para os povos modernos, lançam-se os Estados a legislar, e, à medida que verificam que as leis são impotentes para diminuir as angústias, substituem-nas por novas leis, que, por sua vez, pouco adiante, cedem lugar a outras, e estas a outras mais, num ritmo irresistível de bloco de neve a rolar infrene por uma encosta sem fim.

Quanto mais se legisla, pior. O crescer numérico das leis gera a incerteza do direito, que é o antípoda da paz.

Há dois séculos passados, MURATORI, num livro de polêmica — *Dei Difetti della Giurisprudenza* —, já sentia a necessidade de lembrar que

“ Platão e outros sábios filósofos foram de opinião de que as leis deveriam ser bem poucas, mas muito observadas ”

É que a lei em si mesma nada resolve. Ela se limita a materializar normas de conduta que o Estado impõe coativamente. Da maior ou menor adequação dessas normas à realidade sócio-econômica é que depende a solução, ou não, dos problemas com que nos defrontamos. Mas, se é fácil dizer como se resolve, difícil é executá-lo. O direito sempre esteve em atraso em face da evolução social e econômica. O legislador, ao contrário do matemático, não arma problemas para resolvê-los, mas espera que eles surjam e se transformem numa questão de interesse social. E para solucioná-los o legislador, além de estar tolhido pelas leis já existentes — a ordem jurídica é um todo harmônico, e uma lei nova não deve romper com os princípios fundamentais desse complexo —, o legislador, dizíamos, foi e é conservador. Só excepcionalmente, em

momentos de crise, é que êle reage a essa tendência que lhe é natural, mas logo a ela procura retornar. Hoje, as realidades sociais e econômicas se transformam na cadência vertiginosa que as descobertas da técnica lhes imprimem. O mundo todo sofre um processo de mutação acelerada em suas condições de vida. E o atraso do direito em face da realidade que êle tem que disciplinar se acentua em progressão geométrica se o legislador se mantém na atitude conservadora que o caracteriza. Daí, encontrarmo-nos atualmente num verdadeiro estágio de legislação experimental: surge um problema, o Estado, de pronto, procura resolvê-lo com uma lei. Se se verifica, um pouco adiante, que ela rompe demasiadamente com o sistema jurídico do país, tornando-se fator de desordem, ou se se observa que é ela improfícua, substitui-se essa lei por outra, numa multiplicação que se avoluma também com a alteração constante de realidades não satisfeitas perfeitamente pelas leis que se propunham a discipliná-las. A tudo isso acresce a circunstância de que o legislador, sentindo a reação do jurista, que é avesso a essa forma de legislar, deixa-o de lado, e passa a sofrer a influência direta de técnicos que conhecem outras técnicas que não a do direito.

Com a produção desenfreada de leis, desacreditam-se elas, e cria-se um fator novo de excusa no cumpri-las. Ao doente desiludido pela multidão de remédios que, na melhor hipótese, lhe foram inócuos, não é fácil convencê-lo da eficácia de novos medicamentos.

Desacreditadas as leis, perdem elas o seu elemento impositivo mais eficaz: a convicção, por parte dos homens, de que, para sua segurança e tranqüilidade, é necessária a observância da norma jurídica.

Em contrapartida, o Estado, para preservá-las, tem que utilizar-se, com mais freqüência e intensidade, da fôrça para obter o cumprimento delas. E a consequência inevitável é a que CARNELUTTI destacou com a agudeza de seu talento:

“.. se a paz é o fim do direito, a fôrça é o seu meio.

..

No contraste entre o meio e o fim está a tragédia. Quando, em nome do direito, rola uma cabeça, há aí um terrível débito lançado na conta da paz. Tal é o custo da paz obtida pelo direito. É necessário fazer com que a paz não custe tanto, senão não é mais paz. É fácil confundir, na aparência, a paz com o medo; mas são estados profundamente diversos, e sob as cinzas do medo não se apaga jamais o braseiro da rebelião”

Êste, o cenário em que, nos nossos dias, atuam os administradores.

Se a observância inflexível das leis já não lhes é insita na psicologia profissional, quão maior não será a tentação de afastá-las, como obstáculos incômodos que se removem, se vêem nelas instrumentos inaptos aos fins a que visam?

Precatai-vos, porém, contra essa inclinação.

O turbilhão de leis que nos avassala já, de si mesmo, constitui um fator poderoso de intranqüilidade. Ajunte-se a êle a constância em práticas ilegais. A ilegalidade gera a injustiça, e esta, agravada pelo sentimento de impotência no resistir-lhe, traz o amargor, a revolta, a descrença. Multiplique-se ela nos setôres da atividade pública e privada, e ter-se-á uma nação de insatisfeitos, de descrentes, de derrotados.

Ainda palpitam de verdade estas palavras de IHERING, velhas de um século, mas viçosas em oportunidade:

“Uma nação não é, em definitivo, senão a soma de todos os indivíduos que a compõem, e ela sente, pensa e age como sentem, pensam e agem os indivíduos. Se, nas relações de direito privado, o sentimento jurídico do particular se mostra enfraquecido, acovardado, apático; se, por causa dos

obstáculos que lhe opõem leis injustas ou instituições más, êle não encontra latitude necessária a se desenvolver livre e fortemente; se êle acha perseguição onde deveria esperar apoio e estímulo; se, em decorrência de tôdas essas circunstâncias, êle se habitua a sofrer injustiça e a considerá-la como algo que não pode ser alterado; quem crerá jamais que um sentimento jurídico assim avassalado, estiolado, indiferente, possa elevar-se de repente a uma impressão viva e a uma ação enérgica quando se trata de uma lesão de direito que não atinge o indivíduo, mas a nação inteira. ?”

Se hoje tudo conspira — principalmente nos povos em tentativa de desenvolvimento — para que se avilte a nacionalidade, não se lhes acresça mais um fator negativo.

Cultivai, pois, a mística da lei. Vede nela o norte da ordem. Não importa que não seja perfeita. Ao barco que deriva na tempestade é preferível o luzeiro bruxoleante de um farol avariado à incerteza da escuridade da noite tenebrosa. Não lhe apagai essa luz de esperança!

Meus caros paraninfados:

Perdoai-me essas divagações.

É que tenho para mim que a oração de paraninfado não deve ser um simples discurso de circunstância.

Ao contrário, ao despedir-se de seus alunos, tem o professor o dever de, pela última vez, induzi-los a reflexionar num campo mais largo de indagações do que no restrito pelas exigências de um programa curricular.

Meditai no que vos disse!

Resta-me, a mim, desejar que a felicidade se espraie em vós pela vida afora.

Prof. Dr. Alfredo Buzaid – Diretor da
Faculdade de Direito.

Prof. Dr. Alfredo Buzaid, diretor desta Faculdade, nasceu na cidade de Jaboticabal, Estado de S. Paulo, no dia 20 de julho de 1914. Fêz o curso primário e secundário no Ginásio São Luiz de Jaboticabal, dirigido pelo Prof. Aurélio Arrobas Martins, bacharelando-se no ano de 1930. Sua inclinação pelas letras despertou cedo. Cursava o quarto ano do ginásio, quando entrou para o corpo de redação do jornal publicado pelo Centro Joaquim Nabuco. No quinto ano ginásial, encerrando o curso denominado de bacharelado, foi eleito orador oficial das três turmas de reservistas, respectivamente do Ginásio, da Escola de Farmácia e da Escola de Odontologia.

Ingressou na Faculdade de Direito de São Paulo em 1931. Prossegue sua atividade de jornalista, escrevendo especialmente para "*O Combate*" de Jaboticabal e depois para "A Gazeta Comercial", da qual foi diretor. Concluído o curso acadêmico, advogou dois anos e meio em Jaboticabal, transferindo-se para São Paulo em fins de 1938. Desde então revelara seu interêsse pelos estudos de direito processual civil, publicando em 1939 um artigo sôbre *Despacho Saneador* na Revista Judiciária.

Quando Enrico Tullio Liebman iniciou seu curso de extensão universitária na Faculdade de Direito, foi Alfredo Buzaid um dos mais assíduos freqüentadores, tornando-se em pouco amigo pessoal do notável mestre italiano.

Em 1943 publicou seu primeiro livro — *Da Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, com que se inicia a Coleção de Estudos de Direito Processual Civil, dirigida

pelos professores S. Soares de Faria e Enrico Tullio Liebman. Inscreve-se em 1945, com a monografia — *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil* — no concurso à docência livre, tendo sido aprovado e nomeado no dia 17 de agosto de 1946.

Publicou até 1951 os seguintes trabalhos: *Da Apelação Ex Officio*; *Paula Batista (Atualidades de um velho processualista)*; e a *Escola de Direito de Beirute*. Em 1952 inscreve-se no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de S. Paulo, apresentando a monografia denominada — *Do Concurso de Credores no Processo da Execução*. Venceu o concurso, obtendo a média 9.9. Foi nomeado e empossado no dia 23 de maio de 1953.

Publicou pareceres e artigos de doutrina na Revista dos Tribunais, na Revista Forense e na Revista Jurídica. Participou de Comissão Julgadora de concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil nas Universidades de Belo Horizonte, Porto Alegre e do Rio de Janeiro (Universidade do Brasil). Pertence à Associação Italiana de Processo Civil com sede em Florença e é membro do Instituto Ibero-Luso-Filipino e Americano de Processo Civil, com sede em Madrid. É conselheiro da Revista de Derecho Processal Civil, editada em Madri; sob os auspícios do referido Instituto publicou ainda a monografia — *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*.

Em 1957 inscreveu-se, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil, vaga com o falecimento do Prof. Benedito de Siqueira Ferreira. Sua monografia denominou-se — *Da Ação Renovatória de Contrato de Locação de Prédio Destinado a Fins Comerciais ou Industriais*. Alcançou distinção em tôdas as provas e com todos os examinadores, tendo sido nomeado e empossado na cadeira no dia 8 de maio de 1958, em sessão solene da Congregação.



PROF. DR. ALFREDO BUZOID

Diretor da Faculdade de Direito,
da Universidade de São Paulo

Após a brilhante conquista da cátedra, S. Excia. continuou, sem esmorecimento, a dedicar-se ao ensino, à pesquisa e à advocacia.

Como Secretário Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, organizou, em 1962, nesta Faculdade, o primeiro Congresso Internacional de Direito Processual, ao qual compareceram renomados catedráticos da Europa e Américas, com profícuos resultados para a processualística.

Em janeiro de 1964, após intensivos meses de trabalho, apresentou ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores o ante-projeto do Código de Processo Civil Brasileiro, obra prima de técnica e cultura jurídicas, transformado, posteriormente, em projeto.

Organizou ainda, em abril de 1965, na cidade de Campos de Jordão, o segundo Congresso de Direito Processual; reunindo oitenta professôres brasileiros, pôs em debate o ante-projeto recém elaborado.

Como catedrático, publicou os seguintes trabalhos doutrinários e pareceres:

Do Juízo Arbitral, na Revista da Faculdade de Direito, v. 55, 1960, p. 73 e segs.

A Crise do Supremo Tribunal Federal, na Revista da Faculdade de Direito, v. 55, 1960, p. 327/372.

“Juicio de Amparo” e Mandado de Segurança, na Revista da Faculdade de Direito, v. 56, 1961, p. 172/231.

Do Ônus da Prova, na Revista da Faculdade de Direito, v. 57, 1962, p. 113/140.

Castro Alves, Evangelista do Direito, na Revista da Faculdade de Direito, v. 59, 1964, p. 196/205.

O Tribunal de Contas no Brasil, na Revista da Faculdade de Direito, v. 62, f. 2, 1967, p. 37/62.

Rui e a Questão Social, na Revista da Faculdade de Direito, v. 62, f. 1, 1967, p. 207/240.

Deverá Instituir-se no Brasil a Oposição de Terceiro, in Rev. de Direito Processual civil — S. Paulo, 1960, a. 1, v. 1, p. 82-91.

- Direito Subjetivo e Ação*: sistema legal brasileiro; locação; ação revisional de aluguel; requisitos; ajuizamento inadmissível na vigência de contrato originário; inteligência do art. 31, do decreto n. 24.150, de 1934. Despacho saneador: legitimidade “ad causam” decidida sem preclusão; reexame da matéria em primeira instância; admissibilidade. (Parecer) In Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1966, a. 55, v. 368, p. 40-47.
- ✓ *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil* — in Rev. Forense — Rio de Janeiro — 1964, a. 1961, v. 207, p. 26-42.
- ✓ *Falência*: citação da empresa na pessoa de quem não é representante legal; nulidade do processo “ab initio”; caracterização do estado de insolvência; tipos de depósito instituídos pelo decreto-lei n. 7.661 para ilidir a quebra; consequência do depósito; incompetência do juízo quando o estabelecimento principal da devedora se acha fora da sua jurisdição: conceito de principal estabelecimento; inteligência dos artigos 1, 2, 4, n. IV, 11, § 2.º, 7.º, do dec.-lei 7.661. (Parecer) — in Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1961, a. 50, v. 307, p. 55-64.
- “*Impeachment*”: conceito e finalidade; ordem; natureza jurídica inclusive no direito brasileiro. (Parecer) — in Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1965, v. 355, a. 54, p. 42-60.
- 3 *O Imposto de Indústrias e Profissões no Município de S. Paulo* — in Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1962, a. 51, v. 322, p. 7-19.
- ✓ *Litisconsórcio Necessário*; falta de litisconsortes; nulidade. (Parecer) — in Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1965, a. 54, v. 359, p. 44-55.
- 3 *Locação*: ação revisional de aluguel, estabelecimento comercial, fundamento legal, conceito de prorrogação do contrato, (Parecer) in Rev. dos Tribunais, 1955, v. 44:231, p. 33-41.
- Locação*: arrendamento de imóvel para exploração de fontes de água mineral nele existentes; natureza jurídica do contrato. Locação; renovatória; carência decretada a final: propositura de reintegração de posse e não de despejo para retomada do imóvel pelo locador; meio processual inidôneo. Despacho saneador: falta de interposição de agravo no auto do processo; inexistência todavia de preclusão relativamente à questão da impropriedade da ação. (Parecer), in Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1961, a. 50, v. 309, p. 63-75.
- Locação*: renovatória; transação entre locador e locatário; cláusula vedando a propositura de outra revocatória, não obstante o ajuste de nova locação por quatro anos; violação dos artigos 29 e 30

do decreto n.º 24.150. (Parecer), in Rev. dos Tribunais — S. Paulo, 1965, v. 351, a 53, p. 60-64.

Sociedade por ações: conselho fiscal; natureza. (Parecer), in Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1965, a. 54, v. 356, p. 69/78.

A solenidade de posse na função de diretor da Faculdade de Direito.

Em 1966, integrando a lista tríplice apresentada pela Congregação ao Magnífico Reitor da Universidade, foi S. Excia. indicado para a Diretoria desta Faculdade, sucedendo ao Prof. Dr. Luís Eulalio de Bueno Vidigal.

Na sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre a 3 de agosto de 1966, presidida pelo Prof. Dr. Miguel Reale, diretor em exercício, tomou posse na Função de Diretor para o triênio 1966-69.

Além de grande número de estudantes e convidados que ocuparam literalmente o salão, estiveram presentes ao ato altas personalidades do mundo jurídico e político.

Introduzido no recinto, Prof. Alfredo Buzaid foi saudado pelo representante do Centro Acadêmico XI de Agosto, Sr. Sérgio Lazarini, com palavras de carinhoso respeito.

Em seguida, tomou a palavra o Prof. Miguel Reale que saudou o novo diretor em nome da Congregação; rememorando o tempo acadêmico de ambos, referiu-se ao caráter severo, do então jovem perquisidor do Direito, e às promessas recíprocas, plenamente cumpridas, de intensa e perene dedicação à cultura e à Pátria.

Após agradecer às saudações recebidas, S. Excia. pronunciou o discurso de posse, que, por seu conteúdo especificamente doutrinário, é publicado na abertura da secção de Doutrina deste volume, sob o título: *A Missão da Faculdade na Conjuntura Política Atual*.

Novos Catedráticos.

Conforme as palavras do Sr. Diretor desta Faculdade, Prof. Dr. Alfredo Buzaid, a conquista da cátedra na Universidade reveste-se de tal importância, que necessário se torna o registro no ato solene de investidura.

Portanto, em sessão solene da Congregação, realizada no salão nobre e presidida pelo Sr. Diretor, presentes altas personalidades, foi confirmada a posse anterior das cátedras de Direito Civil e Direito Penal respectivamente pelos Srs. Doutores José Carlos Moreira Alves e Manoel Pedro Pimentel.

Aberta a sessão, foram introduzidos no recinto os novos catedráticos pelos Profs. Drs. Miguel Reale, Sílvio Rodrigues e José Pinto Antunes.

Em seguida, o prof. Dr. Moreira Alves foi saudado pelo representante da Congregação, Prof. Dr. Washington de Barros Monteiro.

Discurso do Prof. José Carlos Moreira Alves.

Após a saudação recebida, o novo professor de Direito Civil pronunciou a seguinte oração:

“Entre os elos das adversidades que se encadeiam pela vida de um homem, momentos há de satisfação — ainda que fugazes — que o compensam dos dissabores por que passou para alcançá-los.

Vivo, agora, um dêsses instantes.

Raros, bem raros, os que tiveram que enfrentar tantos percalços para atingir o escopo visado; e mais raros, ainda,

os que, atacando-os de frente, confiados tão só em si mesmos, os venceram a todos, e chegaram à meta desejada numa altura da vida em que o triunfo não é fim, mas meio: a possibilidade de realizar ideais que, em regra, a idade vai fazendo fenecer.

A cátedra, na estrutura do ensino, é o último degrau daquela escada a que alude VIEIRA, o qual pode não ser maior do que os outros, “mas basta ser o último e estar acima dos mais, para que dêle se possa alcançar o que de outros se não alcança”.

Rejubilo-me hoje de, não há muito, no momento mais dramático de minha carreira universitária, ao invés de prostrar-me em desânimo, ter encontrado fôrças, no intimo de meu ser, para seguir inflexível o conselho que se lê nos *Apólogos Dialogais* de D. FRANCISCO MANUEL DE MELO:

“Muito vai em se porem os homens a altos fins, que já pode ser que por isso digam os italianos: se queres ser Papa, mete-o na cabeça”.

Foi o que fiz.

E o esforço que despendi, e as tribulações por que passei, e as incertezas que sofri por desilusão do julgamento de homens, só Deus os conhece.

Nada, porém, foi em vão, e, por isso, tenho hoje a ventura de, perante vós — a Egrégia Congregação da tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco —, ascender à cátedra, aspiração desde meus primeiros dias de estudante.

Senhores Professôres:

Emposso-me numa das cátedras de Direito Civil desta Faculdade em época em que se adensam as responsabilidades do magistério universitário, particularmente do professor de direito.

De fato, os que ensinamos a ciência jurídica não nos defrontamos, apenas, com a crise que, em diferentes países,

assola a Universidade, mas temos ainda, diante de nós, outra crise — mais grave, mais profunda, mais extensa — a do direito, no mundo contemporâneo.

É óbvia a importância de nossa atuação para que se debele a crise do ensino superior. Que somos nós — os professores — senão o alicerce das Universidades? E se houver quem disso duvide, espancar-se-ão suas dúvidas se atentar para êste fato de singeleza igual à verdade que êle reflete: dote-se a Universidade do que há de mais perfeito em organização administrativa, em instalações, em equipamentos, em métodos, em currículos; mude-se, enfim, tudo para melhor, mas se coloque nela um corpo docente trôpego. De que adiantará tôda a revolução que se fêz? Sem professores à altura, não há edifício universitário que se não esboroe.

Por outro lado, em tôdas as épocas em que o direito se encontrou em crise, foi o trabalho de professores que a delibou, elevando a ciência jurídica da decadência ao apogeu, em lapso de tempo menor do que se poderia imaginar.

Volvi a vista para os fins do século XI, e lá encontrareis a figura legendária de IRNÉRIO, um mestre-escola. Antes dêle, o direito se estudava em classes de artes liberais, e a Itália — principalmente seu comércio marítimo — se via a braços com ordenamento jurídico incipiente como era o bárbaro. Descobre-se em Amalfi um manuscrito do *Corpus Iuris Civiles*; IRNÉRIO (e depois, dêle, seus discípulos) passa a estudá-lo em Bolonha, que, breve, se torna o centro de convergência dos estudiosos de direito, e o foco de que vai originar-se a maior transformação jurídica que o mundo ocidental conheceu: a criação do direito comum.

Subi ao século XIX. A Alemanha até SAVIGNY não se destaca no estudo da jurisprudência, e os cultores que dela aí existem, influenciados pelo jusnaturalismo do século XVIII, propendem para a feitura imediata de codi-

ficação — ainda que falha — que substitua o direito comum então vigente. SAVIGNY, através da cátedra e da pena, combate a idéia, lança os fundamentos da Escola Histórica, e, propiciando a eclosão de expoentes universitários, ao invés de emperrar a evolução do direito germânico, cria condições para que a Alemanha, no final do século, dê ao mundo um de seus maiores monumentos legislativos — o B.G.B.

No Brasil de nossos dias ainda é das Escolas de Direito que continuam a sair as melhores vocações para as lideranças políticas do País, e, conseqüentemente, aquelas que disporão em futuro próximo — no século em que a mocidade se apossa, celeremente, do poder — dos meios mais eficazes para a reformulação da consciência jurídica nacional, reintegrando o direito no primado das ciências sociais.

Estou, portanto, consciente da responsabilidade que compartilharei convosco nesta época de transformações e de incertezas.

Consciente e tranqüilo.

Chego à cátedra, não através de improvisação coroada pelo desfêcho feliz de um concurso, mas graças a estudo árduo, diuturno e acurado da ciência a que me consagrei, alicerçado em magistério intenso e ininterrupto por mais de uma dezena de anos.

E não vejo na cátedra meu objetivo final.

Neste instante — dos mais solenes de minha vida — devo confessar-vos que minha ambição é mais profunda: a de esforçar-me, o mais que possa, para deixar aos pósteros a marca de minha passagem por esta Faculdade, contribuição que todos devemos ao trabalho dos nossos maiores, que construíram a tradição de que ora desfrutamos.

Se até a ira, no dizer de VIEIRA, pode ser santa, essa é uma santa ambição, que se não exaure com a simples

conquista de uma cátedra. Para quem dela é possuído, a cátedra é somente uma das etapas do longo caminho a percorrer.

Senhor Professor Washington de Barros Monteiro:

Agradeço-vos, de coração, as palavras com que me recebestes. Crescem elas de valor, partindo de quem partem.

Estai certo de que, se depender de mim, não deslustrarei a cátedra em que meu antecessor, o Professor Nicolau Naso, no silêncio da sua modéstia, se empenhou em cultivar as inteligências jovens que São Paulo, a mancheias, tem derramado nesta Casa.

Uma palavra, ainda.

Deixei para meus pais e para minha mulher a homenagem da última lembrança.

A vocês meus pais — e permitam-me, como sempre me permitiram, o afeto de um *você* —, deponho-lhes aos pés a láurea que conquistei, pálida contrapartida do muito que me deram, no decorrer de nossas existências.

A você, minha mulher, que foi minha companheira na infância e na adolescência; que estudou e se formou comigo; que, nos quase treze anos de vida em comum, renunciou, por mim e pelos nossos filhos, a carreira que seus estudos auspiciosamente lhe abriam; a você, ainda uma vez, peço que me perdoe os sacrifícios que esta Cátedra lhe impôs. Mas saiba que sei que, se fôsse possível recuar o tempo, você não hesitaria em suportá-los de nôvo.

Discurso de Saudação ao Dr. Manoel Pedro Pimentel, pelo Prof. Dr. Basileu Garcia.

Após o discurso de agradecimento do Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves, foi dada a palavra ao Sr. Prof. Dr. Basileu Garcia que, em nome da Congregação, saudou o

novo catedrático de Direito Penal com as seguintes palavras:

“O dia de hoje, se é de júbilo para V. Exa. e para os que lhe são caros no círculo da sua família, não o é menos para os professôres desta casa, que tenho a honra de representar.

Cheguei, como professor, a vê-lo entre os alunos, o que mostra que nos separa o espaço de uma geração. Encontrei-o depois nas lides da advocacia, dedicando-se, creio que exclusivamente, ao sétor criminal, onde se salientou como um dos melhores oradores forenses de São Paulo, pela fluência da sua linguagem, pela tranqüila fôrça da sua argumentação, pela simpatia que associava à sua presença e pelo devotamento insuperável com que se entregava às suas causas. Já se podia adivinhar, no expositor que falava com segurança e método, e que penetrava no âmago dos assuntos, o didata que se revelaria logo mais, quando NOÉ AZEVEDO o foi buscar para seu auxiliar de ensino.

Não ignoro que nessa oportunidade V. Exa. convertia em realidade o grande sonho da sua vida: ser professor. E tal ocorreu, de fato, desde então, sem adiamentos, porque as vitórias que a seguir foi alcançando, até ver-se guindado à cátedra, não passaram de seqüências naturais do seu auspicioso noviciado.

É que sem demora o Professor Manuel Pedro Pimentel se tornou conhecido, entre os seus companheiros e os alunos, como um cumpridor pontual dos seus deveres, aos quais dava o melhor dos seus esforços, ensinando com verdadeiro amor a sua difícil tarefa.

Não havia dúvida alguma de que, pouco depois, subiria à livre docência. E subiu com brilho. E de que, entre os livres docentes, se colocaria na primeira linha para investir, através da barricada do concurso, em direção à cátedra, que veio a conquistar galhardamente, substituindo àquele mesmo que para aqui em boa hora o trouxe.

O nome de Noé Azevedo está, pois, historicamente vinculado ao sucesso que esta solenidade significa.

Sempre admirei nesse nosso querido colega, agora afastado da militância das aulas, a sua sagacidade. Assim como o sertanejo é antes de tudo um forte, Noé Azevedo é antes de tudo um sagaz. Enxerga longe e fundo e sabe selecionar pessoas. Quando êle o descobriu, Professor Manuel Pedro Pimentel, entre os jovens advogados paulistas, para distingui-lo com o convite a vir coadjuvá-lo, percebia que estava recrutando um elemento capaz de engrandecer a Faculdade de Direito e de ocupar o seu pòsto, quando daqui se ausentasse. Olhos voltados para o futuro, pensou na sua sucessão e dispôs cautelosamente.

De mim, que não tinha tido com V. Exa. acentuado convívio e que o observava na simples condição de expectador de algumas das batalhas em que se empenhara, devo dizer que, mentalmente, jamais o separei de seu Pai, a quem fui ligado por sólidos laços de amizade.

Privei com DAVID PIMENTEL quando, atraído pelo Procurador Geral VICENTE DE AZEVEDO, fui labutar ao seu lado. A então denominada Procuradoria Geral do Estado já era, àquela época, um reduto especialmente árduo da Justiça de segunda instância, para o qual, entretanto, ao contrário do que hoje acontece, estavam destinados bem poucos servidores. O trabalho era aflitivo, pela sua quantidade e urgência. Foi nessa quadra que tive o ensejo de estimar, de querer bem ao insubstituível Secretário da Procuradoria, DAVID PIMENTEL, que, sem ser formado em Direito, o penetrava incomparavelmente melhor do que nós, os bacharéis, e estava a par de todos os intrincados meandros por onde deveriam andar os inexperientes, como eu, para levar a bom têrmo a sua missão.

Que homem bom! Muitas vêzes ouvi êsse comentário, que ressoa ainda na minha lembrança como voz unânime convertida em generalizado sentimento de afeto.

Já estava V. Exa. nesta casa quando a indicação do seu nome, entre os mais notáveis da advocacia, o conduziu às altas funções de Ministro do Tribunal de Alçada, cuja presidência, na parte criminal, atualmente exerce, sinal de que os seus colegas magistrados ratificam o juízo que os seus colegas advogados e os seus colegas professôres têm a seu respeito.

É, pois, V. Exa. um homem feliz, um homem realizado. Na advocacia e na magistratura, pôde fazer-se imprescindível. No desempenho do magistério superior, atingiu, na pujança da sua maturidade, o extremo confim da carreira professoral, onde não haverá mais outros galardões a disputar.

O que há aqui, de agora em diante, para V. Exa., é a rotineira atividade de cada dia. Atividade que exprime ordem, apaziguamento interior, sossêgo, que lhe faz falta após as prolongadas lutas em que se empenhou até aproximar-se êste instante festivo, e que se presta à reflexão e ao estudo operoso, com que poderá contribuir, como atualizado penalista que é, para o aperfeiçoamento do ramo do Direito que eleger para a sua devoção.

Paira nos domínios da nossa comum disciplina jurídica uma aura de insatisfação pelo que possuímos e de ansiedade por desejadas reformulações que apenas entrevemos. Todos sentimos que a sociedade brasileira necessita de leis criminais mais completas, mais preventivas, menos inçadas de perplexidades, mais eficazes na defesa contra o crime, sem que por isso devam ser menos humanas.

Essa renovação penal, que se prenuncia, muito tem a esperar de espíritos equilibrados como o de V. Exa., afeito a dosar a prudência e a equidade do julgador à perspectiva ampla a que se habituou, na advocacia, e que nas funções professorais é testemunha da efervescência das idéias, que empolgam os oficiais do nosso ofício no Brasil e lá fora.

No momento em que solenemente ingressa na Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, esta escola, que o recebe de braços abertos, felicita-o de coração e pede a Deus que continui a conduzi-lo, pelas veredas da sabedoria e da bondade, sempre bem, como o conduziu até aqui”

Discurso de agradecimento do Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel.

Agradecendo à saudação recebida, o novo catedrático de Direito Penal pronunciou a seguinte oração:

“Oportunidades como esta ensejam, menos que a glorificação de pessoas, a reafirmação das tradições grandiosas da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Defender essas tradições, pelo que elas representam em nosso patrimônio cultural, é dever de todos os que amam esta Casa.

E foi para não fugir ao cumprimento dêsse dever, contrariando um desejo íntimo de não solenizar o ato da minha posse, que aqui vim. Tive medo, confesso, que a conquista da cátedra pudesse converter-se em um fator negativo para a mim felicidade.

Lembrei-me muito da novela de Steinbeck: — Kino, um jovem índio pescador de pérolas, em momento de grande ansiedade, desejou encontrar uma pérola de grande valor, que significasse a realização do seu sonho. Um dia, êste tornou-se realidade. Entretanto, a pérola encontrada sòmente lhe trouxe dissabores e desgraças, culminados com a morte de seu único filho. Desencantado, Kino tornou ao ponto de partida, devolvendo ao mar a grande pérola, buscando reencontrar a felicidade na vida simples de pobre pescador.

A lição sugerida pelo genial escritor era esta: cada um de nós deve manter-se na sua própria condição, para a qual foi criado, e na qual deve dar o seu quinhão

para a grande harmonia do Universo. Ultrapassá-la, por ambição ou egoísmo, acarreta um desequilíbrio que vitima, em primeiro lugar, o ambicioso ou o egoísta e depois a todos os que o cercam.

Apesar de não terem sido muito felizes os primeiros momentos da minha integração na Egrégia Congregação, por fatores circunstanciais ligados à tumultuada época em que vivemos, creio que o sortilégio da pérola não se repetirá.

Assim acredito, porque não vim a esta Casa movido pela ambição ou pelo egoísmo, e sim pelo amor que a ela sempre dediquei. E as conquistas do amor autêntico nunca poderão gerar infelicidade.

Cheguei a esta Faculdade em 1940, aprovado em exame de seleção, para cursar o Colégio Universitário, aqui existente àquela época.

Vinha de um colégio marista, onde vivera em regime de internato durante cinco anos.

Meu pai, David Pimentel, homem de extraordinárias virtudes, escolhera para mim o Código Arquidiocesano, instituto de elite, muito acima das suas modestas posses.

Sacrifícios ingentes foram feitos por êle, durante êsses cinco anos, para que eu recebesse os ensinamentos dos Irmãos Maristas, notáveis educadores.

Consigno, desde logo, em meio a uma nuvem de saudade, o meu reconhecimento, a minha veneração, ao meu melhor amigo, David Pimentel, à minha Mãe, e aos Irmãos Maristas. A todos êles devo grande parte da felicidade dêste momento.

A minha formação espiritual e cultural se fizera em moldes rígidos, impregnados dos princípios religiosos e fundados na doutrina tomista. Nesta Casa encontrei ambiente inteiramente diverso, pois aqui ensinavam, igualmente, professôres católicos, positivistas e agnósticos. A interpretação dos fatos não obedecia a um cri-

tério uniforme. Habitado a resolver os problemas sob o influxo de uma corrente de pensamento quase exclusiva, estranhei muito.

Aos poucos compreendi que estava sofrendo um impacto de liberdade e, o que é mais importante, eu estava preparado para decidir por mim mesmo. Iniciei, então, um processo de revisão metódica dos conceitos, muitos dos quais já se apresentavam com as feições de preconceitos.

Esta repentina oxigenação do espírito e da inteligência poderia sufocar-me, não fôsse a honestidade dos mestres e a autenticidade dos discípulos. O meu temor desapareceu, restando apenas um grande respeito pela Academia, respeito que gerou um grande amor. O meu espírito comungou com o espírito da Faculdade. As suas tradições, eu as respeitava tôdas. O seu gênio de Liberdade e de Justiça estava, naquela quadra, em plena ebulição. A dominação ditatorial nos forçava a viver momentos sentidos de heroísmo, como fugidos, Mestres e alunos, nas catacumbas das Arcadas, fustigados pela opressão e pela repressão.

Particpei dêsses movimentos, fundindo, mais e mais, a minha alma na alma da Academia.

Os últimos românticos ainda viviam aqui. Poetas e seresteiros enchiam as noites boêmias de imagens e de sons, derramando lirismo sôbre as nevoentas madrugadas paulistas. A política acadêmica dividia as preferências dos estudantes, não dividindo, porém, os seus corações.

O estudo era, por isso mesmo, uma integração no todo da Academia. Era válida a trilogia simbólica que encima os portais internos de ingresso à Faculdade: Direito, Política e Poesia. Por isso esta Casa era mais que uma simples Faculdade de Direito: era um Templo, um Lar, um Refúgio. Quem passou por esta Academia e viveu a sua vida, sabe que isto é verdade.

A quadra feliz, no entanto, iria terminar. Em 1946, integrando uma das mais expressivas turmas que aqui já se formaram, da qual fazem parte também os ilustres Professôres Vicente Marotta Rangel e Oscar Barreto Filho, concluíamos o nosso curso. Em janeiro de 1947, tendo como paraninfo o inesquecível Professor Gabriel de Rezende Filho, recebíamos o diploma, lembrando-nos, melancòlicamente, dos versos acadêmicos:

“Eis o tudo que nos resta
De tantos anos de estudo:
— No fim do ano, uma festa,
— No fim da festa, um canudo. .”

A despedida aconteceu no pátio interno, em radiosa manhã de verão. Era difícil aceitar a idéia de que não pertencíamos mais à Academia. Era nostálgico o sentimento da partida. As Arcadas não seriam mais nossas. Os professôres iriam ensinar outros alunos. Os funcionários — entre os quais já se destacava, como guardião-mór das tradições acadêmicas, Dr. Francisco Emygdio Pereira Neto, o querido Chico Emygdio — já não seriam o nosso apôio qüotidiano. A Faculdade iria continuar, mas nós passaríamos...

Era impossível reter aquêlo momento! Era impossível prolongar por mais tempo a despedida.

Foi, então, que sonhei. Sonhei, ali, no meio do pátio ensolarado, vestido com a béca de bacharelado, que eu não deixaria a Academia. O meu destino estava ligado ao seu. Haveria de permanecer nesse amor, até o fim dos meus dias. Veria passar gerações de estudantes, e haveria de transmitir-lhes o mesmo amor que naquele instante inundava a minha alma. Sonhei, então, ser um professor! Ser um Professor na Academia! Esta seria a chave do segrêdo, para permanecer sempre na Faculdade!

Alguém me chamou. Acordei. Era hora de partir. Sorri para mim mesmo da tolice do meu sonho. Partimos.

O sonho não me abandonava. Mas eu sabia que era apenas um sonho tolo. Moço pobre, eu precisava ganhar a vida. O tempo para estudos era escasso. Trabalhando duro na exigente advocacia criminal, não desisti. Roubava ao sono horas da madrugada, para estudar. Não acreditava que pudesse conseguir o distante alvo. Mas prosseguia.

Um dia me aproximei de um homem, cujas virtudes não poderia enaltecer devidamente. Dizer que êle é bom, generoso, altruista, amigo, é apenas descrever uma pequena parte do seu todo. Êste homem fôra meu professor de Direito Penal. Tímidamente, mas empurrado por mão invisível, cheguei-me a êle e pedi-lhe que me orientasse nos estudos, dando-me um plano de trabalho. A sua resposta, surpreendente, emocionante, foi um convite para que eu viesse trabalhar com êle na Faculdade!

Pronuncio o nome dêste homem com profundo respeito e reverente gratidão: Professor Noé Azevedo. Foi êle quem me abriu a porta, foi êle quem me trouxe de volta à Academia. É a êle que succedo neste momento, com a responsabilidade de honrar a mesma cátedra por êle ocupada durante mais de trinta anos, deixando o seu nome como um marco de extraordinário brilho na história da Academia.

O sonho começava a tornar-se realidade. Nos anos seguintes tudo parecia mais difícil. Tempo houve em que pensei sèriamente em desistir. Mas, então, além do sonho, havia outra motivação para continuar: a amizade, a confiança, o estímulo de Noé Azevedo.

Tornei-me livre-docente da cadeira. E quando o tempo inexorável obrigou o sentido afastamento dêsse inigualável professor, cumpri o dever de consciência de concorrer à sua vaga. Não esperava, senão secretamente,

conseguir a cátedra. O que eu tinha em mãos já era muito, considerando-se que eu partira do nada.

Mas Deus permitiu esta suprema ventura, que hoje se realiza, e que torna concreta a aspiração de uma vida! As senhoras e os senhores assistem, neste momento, à realização de um sonho, sonhado há vinte e dois anos, no pátio interno, em uma linda manhã de verão.

Devo-a, também, em grande parte, à minha mulher, Carmen Gama de Oliveira Pimentel, e aos meus filhos, Manoel Pedro, Luiz Ricardo, Carmen Sylvia, Claudio e Maria Eduarda. Formando uma retaguarda afetiva de inestimável valor, eles me deram um Lar, recanto sagrado onde se desmancham e se espraíam as vagas do mar revólto da vida. O lugar santo, que eles souberam encher de amor e de paz, de harmonia e de tranqüilidade, propiciando-me condições para o estudo e para o trabalho.

Sou-lhes muito grato e com eles reparto os louros da corôa que óra recebo, como sempre repartimos o pão, as alegrias e as dôres.

Agradeço, também, à Egrégia Congregação e ao ilustre Diretor desta Casa a generosidade com que me receberam.

Ao eminente Professor Basileu Garcia, mestre incomparável da nossa disciplina, meu examinador em dois Concursos, agradeço de todo o coração a honra que me deu, aceitando saudar-me nesta solenidade, como orador oficial. As suas palavras serão por mim lembradas eternamente.

Volto à Academia para nela permanecer, se Deus assim o permitir, até o fim dos meus dias. Volto trazendo o mesmo ideal de transmitir aos moços, às gerações de estudantes, tudo o que eu souber. Mas, principalmente, hei de me esforçar para transmitir-lhes o amor que tenho a esta Casa, o enlévo pela sua poesia, o encanto pelo seu passado, pela magia das suas tradições de heroísmo, de civismo, a fôrça de seu culto à Liberdade e à Justiça.

Quero morrer vivendo êste ideal. Quero aspirar todos os dias o alento eterno destas Arcadas, envoltas no seu gênio imperecível. Quero servir à Academia, respeitá-la e fazê-la respeitada. Quero, se Deus me ajudar, participar do seu amor, no convívio dos eminentes professôres que a sentem como eu. Quero, num amplexo fraterno, estreitar todo o corpo discente, todos os funcionários, do mais graduado ao mais humilde, para sentir bem próximo o tesouro místico encerrado nestas Arcadas.

Rogo a Deus, nêste instante, que me conceda a graça de poder viver, com fidelidade e com dignidade, o meu sonho.



PROF. DR. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES
Nôvo Catedrático de Direito Civil

Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves, novo Catedrático de Direito Civil.

O novo catedrático de Direito Civil, Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves, nasceu em Taubaté, estado de São Paulo, aos 19 de abril de 1933; é filho de Luiz de Oliveira Alves e de D. Maria Ismênia Moreira Alves.

Fêz os cursos ginásial e científico, no Instituto Lafayette do Rio de Janeiro, de 1944 a 1950, tendo sido o primeiro aluno de suas turmas.

Aos 22 anos bacharelou-se pela Faculdade Nacional de Direito, do Rio de Janeiro, obtendo sempre o primeiro lugar. Ainda acadêmico foi laureado com o prêmio "Altolfo Rezende" relativo a 1955, conferido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros.

Após o curso de doutorado na secção de Direito Privado, e defesa de tese, obteve o doutoramento, em 1961, pela Faculdade Nacional de Direito do Rio.

Iniciou a carreira docente universitária em 1957, como professor regente de Direito Civil e de Direito Romano, na Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro. A contar desse ano lecionou sempre Direito Civil, Judiciário Civil e Romano, como Regente ou Professor Contratado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica, na de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro e na Faculdade de Direito Cândido Mendes. Desde 1961, é livre docente de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde, em 1968, foi nomeado catedrático interino daquela cadeira.

Em 1961 submeteu-se a concurso de Direito Romano nesta Faculdade obtendo, brilhantemente, o segundo lugar que lhe outorgou a livre docência da cátedra.

Além de professor é advogado do Banco do Brasil S.A.; foi advogado militante no Rio de Janeiro onde faz parte da Diretoria do Instituto dos Advogados Brasileiros, do qual é membro desde 1959.

Em setembro de 1967, como um dos quatro representantes do mesmo Instituto, esteve na Argentina a convite do Embaixador da Argentina no Brasil, em missão cultural.

Com tal experiência docente, jurídica e cultural e a rica matéria bibliográfica apresentada, obteve, em 1968, com a média global 9,575, o primeiro lugar no concurso para a cátedra de Direito Civil, na qual se empossou no mesmo ano, integrando desde então a Congregação de Professôres desta Faculdade.

Bibliografia.

A) *Direito Civil Romano*:

1. *Direito Romano*, 1.º volume — (*História do Direito Romano — Instituições de Direito Romano*: A) — Parte Geral; B) — Parte Especial: *Direito das Coisas*), 403 p., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965; 2.ª ed., 1967.
2. *Direito Romano*, 2.º volume (*Instituições de Direito Romano*: B) — Parte Especial: *Direito das Obrigações; direito de família; direito das sucessões*), 611 p., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1966.
3. *Tertius Mundinis Partis Secanto*, 56 págs., Rio de Janeiro, 1958.
4. *Os Efeitos da Boa Fé no Casamento Nulo, segundo o Direito Romano*, 51 págs., Rio de Janeiro, 1959.
5. *A Forma Humana no Direito Romano*, 77 págs., Rio de Janeiro, 1960.
6. *Vnus Casus* (*Inst. IV, 6, 2*), 56 págs., Rio de Janeiro, 1964; reeditado na “Revista Verbum” da PUC do Rio de Janeiro, fasc. — setembro/dezembro de 1967.

B) *De Direito Civil Brasileiro:*

1. *A Retrovenda*, 294 págs., Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1967.
2. *O Atual Projeto de Código Civil Brasileiro*, publicado em SPSE (órgão oficial do Instituto de Estudos Políticos e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), n.º 30 (abril-junho de 1966), p. 49 a 79.
3. *A Evolução da Teoria do Casamento Inexistente*, publicado na "Revista Verbum", da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, tomo XXX, fasc. 4 (ano de 1963), p. 419 a 438.
4. *Ocupação*, publicado no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 35, págs. 113 a 116.
5. *Outorga Marital*, publicado no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 35, págs. 337 a 339.
6. *Outorga uxória*, publicado no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 35, págs. 339 a 341.
7. *Perda da posse*, publicado no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 37, págs. 10 a 14.
8. *Perda da Propriedade*, publicado no "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 37, págs. 14 a 18.

C) *Outros Trabalhos:*

1. *Direito Romano e Ensino Jurídico*, 24 págs., Irmãos Pongetti Editôres, Rio de Janeiro, 1962.
2. *Oração de Paraninfo*, publicada no "Jornal do Comércio" do Rio de Janeiro, de 24 de dezembro de 1966, pág. 9.
3. *Sallustius et Fausta*, artigo escrito em latim, publicado na "Revista Verbum" da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, tomo XX, fasc. 3, ano de 1963, págs. 329 a 334.



PROF. DR. MANOEL PEDRO PIMENTEL
Nôvo Catedrático de Direito Penal

Dr. Manoel Pedro Pimentel, novo Catedrático de Direito Penal.

O novo titular da cátedra de Direito Penal nasceu em Casa Branca, neste Estado, a 1.º de janeiro de 1922, filho de David Pimentel e Da. Adélia Pimentel.

Fêz o curso primário no Grupo Escolar “Arthur Guimarães”, nesta Capital, tendo-o concluído em 1933. O Curso ginasial foi feito e concluído em 1939 no Colégio Arquidiocesano de São Paulo. Em 1940 ingressou no Colégio Universitário da Faculdade do Direito da U.S.P., onde fêz o Curso Pré-Jurídico. Em 1942 ingressou no Curso de Bacharelado da mesma Faculdade, concluindo-o em 1946. Durante o curso foi eleito (em 1943) membro da Comissão de Redação do Centro Acadêmico “XI de Agosto” e, nêsse mesmo ano (1943), foi eleito para a Academia de Letras da Faculdade de Direito da USP; ocupando a cadeira João Monteiro, e, em 1945, foi eleito Vice-Presidente dessa entidade.

Iniciou a vida profissional em 1945, como solicitador acadêmico. Trabalhou no escritório de advocacia do bel. Americo Marco Antonio, desde 1944 até 1950. Em 1951 instalou sua própria banca, especializando-se em Direito Penal. Em 1952 foi eleito membro do Conselho Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, exercendo o cargo nos biênios de 1953/54, 55/56, 59/60. Foi convocado para substituir no mesmo Conselho, em 1957, sendo eleito, em 1958, para preencher a vaga ocorrida com a morte do Conselheiro Getúlio Paula Santos. No Conselho da Ordem integrou as Comissões de Disciplina

e de Prerrogativas, tendo representado a Secção de São Paulo no I.º Congresso Inter-Americano do Ministério Público, e no Congresso Internacional de Direito Penal e Penitenciário. Ainda como representante da Ordem, fêz parte das Comissões Examinadoras dos Concursos para ingresso na Magistratura, nos anos de 1958 e 1962, tendo integrado efetivamente a primeira e desligado da segunda pelo seu ingresso na Magistratura. Em 1961 foi eleito membro do Tribunal de Ética Profissional da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo. Ainda como representante da mesma Ordem, fêz parte da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, organizada sob os auspícios do Govêrno do Estado, em 1959.

Por duas vêzes, foi eleito membro do Conselho Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo, tendo alí ocupado os cargos de 2.º Secretário e de Vice-Presidente, exercendo interinamente a Presidência. Ocupou, ainda, o cargo de Diretor do seu Departamento de Cultura, organizando o “Curso Prático de Orientação Profissional”, que ainda hoje é mantido.

Em 1957, a convite do Professor José Frederico Marques, ministrou aulas práticas de Direito Judiciário Penal, aos alunos do 5.º ano do Curso de Bacharelado da Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Nêsse mesmo ano foi contratado como Auxiliar de Ensino da Faculdade de Direito da U.S.P., trabalhando junto à Cátedra de Direito Penal do Professor Noé Azevedo, ministrando aulas práticas às turmas dos Cursos Diurno e Noturno, organizando visitas aos estabelecimentos penais, ao Instituto de Polícia Técnica e a outras repartições policiais de interêsse, e ensinando às turmas a participação em trabalhos práticos de *Júris Simulados*.

Em 28 de junho de 1960 colou gráu de Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, aprovado em concurso para a Livre-Docência de Direito Penal, realizado nos dias 11

a 15 de junho dêsse mesmo ano, em que apresentou a tese *Crimes de mera conduta*. Continuou no cargo de Auxiliar de Ensino, trabalhando junto à mesma Cátedra.

No dia 4 de abril de 1962 foi indicado, em lista triplíce organizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para preencher uma vaga de Juiz do Tribunal de Alçada, pelo quinto constitucional reservado para os advogados, tendo sido nomeado para êste cargo por decreto de 9 de abril seguinte, tomando posse em 26 do mesmo mês, integrando a Quarta Câmara Criminal da-quele Tribunal, da qual foi Presidente.

Em 1963 foi designado pela Congregação da Faculdade de Direito da U.S.P., para reger a cadeira de Direito Penal do 3.º ano do curso diurno de bacharelado, tendo merecido homenagem especial como professor da turma de bacharéis de 1964.

Em 1964, ocupando o cargo de Diretor da Secção Penal da Biblioteca do Tribunal de Alçada, organizou o *Caderno de Jurisprudência Criminal*, que mereceu excelente aceitação. Ainda nessa qualidade, organizou, em 1965, uma “Estatística Criminal” dos feitos julgados pelo mencionado Tribunal, que foi recebida com agrado pelos setores especializados.

Em 1965 publicou, por intermédio da Editôra “Revista dos Tribunais”, o livro *Advocacia Criminal — Teoria e — Prática*, que recebeu elogios da crítica, e encontra-se pronto para o lançamento, pela mesma Editôra, o trabalho *Crimes de Mera Conduta*.

10. Por deliberação da Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da U.S.P., foi designado para a substituição do catedrático Prof. Noé Azevedo, por motivo de aposentadoria, passando a reger a Cadeira de Direito Penal do 3.º ano do Curso de Bacharelado, nos dois turnos.

Em 2 de outubro de 1967 foi eleito Presidente do Tribunal de Alçada Criminal, instalado nessa mesma data.

Em junho de 1968 prestou concurso à Cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da U.S.P., vaga pela aposentadoria do Prof. Noé Azevedo, apresentando a tese *Do crime continuado*, laureando-se com a média 8. 9, veio a ser nomeado Professor Catedrático em 19 de outubro dêsse mesmo ano.

Ainda neste ano de 1968 publicou, através da Editôra “Lex”, em calaboração com o Ministro José Luiz V. de Azevedo Franceschini, um excelente “*Repertório de Jurisprudência Criminal do Tribunal de Alçada*”

O Instituto dos Advogados Brasileiros confere a medalha “Teixeira de Freitas” ao Professor Miguel Reale, em 1968.

Em sessão solene do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Guanabara, sob a presidência do Dr. Thomas Leonardos, foi entregue, no dia 18 de Dezembro de 1968, ao Professor Miguel Reale a “Medalha Teixeira de Freitas”, galardão máximo conferido por aquêlê cenáculo ao advogado ou estudioso do Direito considerado “o jurisconsulto do ano”

Compareceram à cerimônia, entre outros, os Ministro Luiz Gallotti e Themistocles Brandão Cavalcanti, do Supremo Tribunal Federal, o senhor Embaixador da Argentina, Prof. Mario Amadeo, os Desembargadores Alceu Cordeiro Fernandes e Otto de Souza Lima, representando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Prof. Alfredo Búzaid, à testa de uma delegação de professôres da Faculdade de Direito de São Paulo; o Prof. Rui de Azevedo Sodré e outros representantes do Instituto dos Advogados de São Paulo; o prof. Silvio Meira, na qualidade de Presidente do Instituto dos Advogados do Pará, bem como membros de outras entidades culturais e universitárias.

Na ocasião o Prof. Miguel Reale foi saudado, em nome do Instituto dos Advogados Brasileiros, pelo eminente Prof. Celestino Sá Freire Bazilio, da Pontificia Universidade Católica da Guanabara. Agradecendo a

honraria o Prof. Miguel Reale proferiu um discurso salientando o papel do advogado no mundo contemporâneo.

Eis, na íntegra, o trabalho do ilustre mestre paulista:

“Acompanhando, como acompanho, há tantos anos, as atividades do Instituto dos Advogados Brasileiros, cuja história se confunde com a consciência jurídica nacional, tenho a impressão de que o amor com que, ano após ano, conferis a medalha “Teixeira de Freitas”, se reveste de profundo sentido de religiosidade.

Amor e religião seguem, aliás, de mãos dadas, pois ambos são formas de dedicação e de entrega, modos pelos quais o homem se esquece de si para se pôr face a face perante a pessoa do *outro*, quer procurando se relacionar com os outros homens, com o próximo, quer se atormentando na busca do obscuro “*Outro*”, de que nos fala KIERKEGAARD, oculto pelos véus de transcendência.

Que época seria mais propícia, do que a nossa, para a religiosidade do Direito? Nós, que vivemos cotidianamente empolgados pelas medidas plásticas e flexíveis das coisas humanas, sentimos crescer, dia a dia, o nosso cuidado e a nossa angústia, tão incerto e inseguro se põe o destino do homem, cujas conquistas e realizações surpreendentes são acompanhadas de uma sombra de crescente inquietação. É que, no plano das instrumentalidades, desde o primitivo machado de silex até à mais atual estrutura de pilha atômica, bifurcam-se sempre as possibilidades de seu emprêgo, que tanto pode se iluminar no sentido da realização da felicidade e da paz como se obscurecer nas sendas da violência e da guerra.

Não há hoje no mundo nação, classe, grupo ou pessoa que se sinta tranqüilo, capaz de dispor de um quadro de valores que lhe aponte, com segurança, as suas razões de viver e de morrer. É num mundo assim estruturado que se situa o jurista, debruçado sôbre os problemas alheios, com a preocupação dominante, diria mesmo obsessiva, de assegurar a cada homem a liberdade

de ser o que é assim como a fruição daquilo que pode fazer, numa sociedade plural, aberta à compreensão e ao auxílio mútuo.

Escrevi alhures que o que distingue o Direito, no mundo histórico da cultura, é essa sua existência perenemente voltada para os valores da alteridade. Cada homem nasce, por assim dizer, sob o signo de um valor que marca a sua vocação. Uns se dedicam às coisas da arte, atraídos pelas imagens inspiradoras da *Beleza*; outros se empenham na pesquisa diuturna da *Verdade*, tanto mais esplendente quanto mais objetiva e transpessoal; outros ainda se exaltam seduzidos pelas glórias do *Poder*, sob tôdas as suas formas, desde o poder político ostensivo até às expressões do mando subreptício, oculto nas dobras da simulação e do engano; e há os servos da *Felicidade* alheia, nos afazeres amorosos do lar, à cabeceira de um doente, ou recebendo a prece de um moribundo. Impossível tentar resumir as vias do destino humano, pois elas se multiplicam e se desdobram à luz das incontáveis constelações axiológicas que iluminam o céu de nossa existência, condicionando também os seus eclipses, quando os valores negativos interferem e dominam o cenário com a sua negra opacidade.

Já perguntastes, eminentes colegas, que tão generosamente me fostes buscar para êste carinhoso convívio, já indagastes da natureza do valor que nos guia, a nós bacharéis em direito, atuantes no fôro ou nas hierarquias burocráticas? Eis por certo uma pergunta ociosa e até mesmo impertinente, pois não há jurista de prol que não se tenha proposto êsse quesito ético fundamental, do qual depende a nossa significação comum nos quadrantes da vida social. Mas é exatamente por tratar-se de uma questão básica que ela se mostra inesgotável, propiciando perspectivas diversas no decorrer dos ciclos históricos, enucleando embora algo de imutável e de resistente aos desgastes do tempo. O que há de permanente no Direito.

meus nobres colegas, é o seu heróico modo de existir em função de um *valor*, cuja finalidade suprema consiste em permitir que todos os valores valham, de modo que todos os fins humanos possam coexistir e harmoniosamente se desenvolver. Que é, na realidade, a *Justiça* senão uma *exigência* de ordem feita de liberdade, uma ordem que nasça da composição igual de pendores e vocações diferentes e até mesmo conflitantes, ficando assegurada a cada homem a autonomia de seu ser pessoal? Daí ter posto, como fêcho de minha *Filosofia do Direito*, a afirmação que a dignidade da Ciência do Direito repousa no valor da *Justiça*, entendida como *valor franciscano*, sempre a serviço dos demais valores sociais.

Mas, se todos comungamos nêsse entendimento, mister é tirar dêle as suas necessárias conseqüências. As verdades éticas fundamentais não se destinam a brilhar como estrelas distantes, para gáudio estético de alguns, ou para a aquietação da “consciência infeliz”, a que se refere HEGEL. As verdades morais devem antes banhar o mundo do direito, como a luz do sol que nos aquece e ilumina, e nos condiciona e integra no processo vital, tornando-nos partícipes da insondável unidade do cosmos.

Isto quer dizer, por outras palavras, que, se o nosso destino é bem servir à coletividade, devemos nos manter vigilantes às mutações que se operam no mundo, a fim de não nos escaparem os fatos antecipadores da ordem social, que sentimos estar sendo dolorosamente gerada nos conflitos da sociedade contemporânea.

Eis ai a nossa primeira e intransferível responsabilidade: a de ter olhos capazes de penetrar no futuro, sem nos deixarmos enganar pelo aparente e pelo transitório, por soluções reclamadas a altos brados, por inovadores que procuram disfarçar, com ameaças e gestos de desespero, a inópia das idéias, a carência de diretrizes firmadas no solo firme da experiência jurídica.

Mais do que nunca o Direito deve ser visto em sua concreta historicidade, sem se imobilizar no passado, prêso ao culto de categorias e esquemas que já não encontram correspondência nas estruturas tecnológicas e científicas de nosso tempo, mas também sem a precipitação da mudança, como se o futuro devesse ser sorvido em haustos sôfregos de asfiziado. Na realidade, só conquista o futuro quem ama humildemente e respeita as horas presentes, sabendo infundir-lhes o conteúdo de um pensamento e o sentido ordenador da vontade.

Se, consoante antiga e sempre oportuna lição, devemos velar por uma ordem jurídica que seja estável, sem ser estática, e que seja dinâmica, sem ser frenética, o que se nos impõe é a prudência de um equilíbrio em movimento, combinando o amor dos bens já adquiridos com o amor dos bens que a perfectibilidade do homem reclama.

Como tenho preferido dizer últimamente, e é o tema central de meu livro *O Direito como Experiência*, o jurista é um inspirador e aplicador de modelos. Sempre o foi, aliás, embora sem plena consciência teórica, desde os primórdios da jurisprudência romana, quando os mestres do Lácio se aperceberam da possibilidade lógica e da necessidade ética de conceber a conduta humana em termos de categorias, espécies, gêneros, classes e sistemas, isto é, segundo “modelos ideais de ação”, reconhecidos e queridos como essenciais ao bem estar da coletividade. Ora, os modelos jurídicos, consubstanciados antes em fórmulas toscas e, depois, em institutos lapidares, não os plasmaram os juriconsultos romanos de improviso, nem tão pouco recorrendo a artifícios cerebrinos: fundiram-nos, antes, ao calor da experiência, “factibus dictantibus ac necessitate exigente”.

Não se cuide, todavia, que o Direito Romano tenha sido fruto de trabalho empirico, entregue aos azares das circunstâncias, ou mero reflexo do querer dos pretores. Como tem sido perfilado pela moderna romanística, foi

antes filho de uma das mais nobres núpcias culturais da história, as da Filosofia grega, sobretudo aristotélica e estoíca, com a experiência diuturna e prudente dos jurisconsultos romanos, cujo título era honraria suprema tanto na República quanto no Império.

Mais tarde, quando começou o degêlo da barbárie no continente europeu, foram ainda os gloriadores medievais que ajudaram a modelar o “homo novus”, prestes a arremeter-se em surpreendentes aventuras, nos domínios da terra e do espírito. Hoje ainda admiramos, nas ruas de Bolonha, as estátuas com as quais o povo agradecido reverenciava àqueles magnânimos, que souberam se inspirar nas matrizes romanas para oferecer os modelos de ação reclamados pelas exigências de sua época.

Se volvermos os olhos para a história moderna e contemporânea, encontraremos sempre, onde quer que ela atinja momentos culminantes, os juristas no papel que lhes é próprio, de *artistas das formas ideais dos comportamentos válidos*, das categorias do lícito e do ilícito, dos esquemas práticos reclamados pela problemática binada da tradição e do progresso, da preservação e do desenvolvimento.

No Brasil, eminentes amigos, ninguém melhor do que TEIXEIRA DE FREITAS soube encarnar a figura do verdadeiro jurisconsulto, pés imersos no humus da “lex lata” para a intuição genial das soluções “de lege ferenda”. À sua obra deu o título modesto de *Esbôço*, mas esta designação, na sua singeleza, traduz a consciência de um trabalhador de modelos, de um delineador do futuro.

Já é tempo de nos capacitarmos, novamente, de que nos cabe a tarefa fascinante e temerosa da modelagem do social, para que não legislem os afoitos e os despreparados, afundando as suas mãos inexperientes no pobre barro de que é feita a criatura humana. Não, não nos iludamos, nós os juristas, pensando poder transferir aos legisladores, muitas vêzes jejunos de Direito, a responsabilidade das

leis más, feitas de afogadilho, destituídas de lucidês lógica e de claridade ética. No fundo, seremos sempre nós os responsáveis, pois nossa será sempre a palavra final, como intérpretes e aplicadores da lei. Melhor é então conservar-mo-nos alerta desde o decisivo momento nomogenético, sugerindo e criticando os legisladores com serena veemência, à vista dos projetos de lei em elaboração. Imprescindível é sobretudo que projetemos no palco da opinião pública esboços e modelos normativos elaborados após aturada e amadurecida pesquisa.

Não pensem que me iludo reivindicando o primado do Direito num mundo que só parece ter olhos e ouvidos para os técnicos da automação e da cibernética, dos computadores eletrônicos e das naves interplanetárias. O que vos digo é algo bem mais simples e achegado às contingências humanas: nenhuma conquista no plano das máquinas e das ferramentas, por mais subtil e revolucionária que seja, adquire significação real para o homem até e enquanto não se ordena na medida do humano, numa rede de relações intersubjetivas, tecida por muitos fios, entre os quais um fio humilde, sem beleza aparente, não raro tosco e duro, como é próprio de sua função, que é a de urdir e sustar a trama, para permitir que esplendam o desenho da composição e as côres do bordado. Esse fio humilde, que se afunda no solo da vida, para que esta melhor floresça, é o Direito; e nós somos os seus humildes tecelões. A matéria prima? As esperanças e os anseios, as angústias e os interêsses, os impulsos e os ideais do homem, de todos os homens de todos os quadrantes da terra.

Direis que idealizo, que, em revide a tantas objugatórias lançadas à face dos bacharéis, a começar por algumas oriundas de bacharéis frustrados tento criar em vão um personagem fantástico, o do homem da lei capaz de exercer alguma influência no seio de seu povo. Não há, porém, sequer necessidade de retrucar a ataques movidos aos bacharéis, pois, de uns tempos para cá, até que

temos sido poupados, não por nos reconhecerem méritos, mas antes por já nos considerarem pessoas superadas e inofensivas. As leis não nos cabem mais como tarefa fundamental, mas aos técnicos e aos economistas, vedetas da política do desenvolvimento. Quando muito nos ouvem para uma revisão formal, como a uma espécie de gramáticos especializados em linguagem jurídica, processando-se tudo de acôrdo, aliás, com o insignificante papel que os conformados neo-positivistas reservam, hoje em dia, aos estudiosos do Direito. .

Mas quem não percebe que muitos dos erros que andam por aí atormentando a Nação resultam do afastamento do jurista, trocado pelo militar ou pelo economista, pelo físico ou pelo antropólogo, sempre com o sacrifício do “sentido de conjunto”, da compreensão unitária e orgânica dos problemas sociais, que o bacharel cultivava por natural vocação, e que é a condição sem a qual não se organizam as sociedades, nem se preservam as fontes do progresso?

O que reivindico é, pois, apenas e tão sòmente aquilo que por direito nos cabe, e é essencial à autenticidade da vida democrática: o direito e o dever de colaborar positivamente na estruturação da ordem jurídica, sem ficarmos adstritos ao papel subordinado de assessores, mas sim com a responsabilidade conatural a quem montou a sua morada no âmago da experiência social.

Para tão altas responsabilidades, todavia, — reconheçamo-lo em corajosa autocrítica, — torna-se urgente a revisão de nossas categorias e processos de trabalho. Ainda não nos demos conta de que continuamos caudatários da Dogmática Jurídica do Século XIX, tôda ela fundada na teoria retrospectiva das “fontes do direito”, tôda ela alicerçada sôbre uma concepção do “Estado do Direito” puramente formal, na qual a técnica jurídica se reduz a um engenhoso mas precário sistema de pesos e contrapesos.

O Estado do Direito e da Justiça Social, que se esculpe na consciência atuante de nosso tempo, deve estadear-se em novas e corajosas estruturas jurídicas, superando-se de vez uma situação paradoxal, na qual os organismos forenses, menos por defeito dos homens do que por deficiência de estrutura, parecem existir mais para resolver problemas da máquina judiciária, ou para apreciar simples questões de forma, do que para dar resposta adequada e pronta aos conflitos de interesses.

O mundo transformou-se e se transforma a olhos vistos; os processos de comunicação e informação alteraram e continuam transmutando a face do planeta; o Estado, ontem absanteista e apático, hoje se agiganta, como o “monstro frio” anunciado por NIETZSCHE, a tudo e a todos querendo substituir; o jôgo das aventuras individualistas e das intuições criadoras de empresários geniais, é substituído pela programação objetiva e impessoal dos cálculos eletrônicos; o futuro a todo instante se põe como componente primordial das soluções normativas, ao serem traçados planos de desenvolvimento tecnológico e econômico, graças aos quais se pretende subordinar os eventos de amanhã às providências cautelares de hoje; tudo, em suma, se ordena numa visão prospectiva e concreta da existência, e nós juristas continuamos, imperturbáveis, a manejar nossos antigos instrumentos de análise, os mesmos que serviam aos juristas da Escola da Exegese nos dias aparentemente tranqüilos da “belle époque” .

Quem ousaria contestar que o Direito de hoje ainda se conserva um Direito cartulário, servo de antigas fórmulas e rotinas, que são entraves à obtenção da justiça concreta?

Como é triste, por exemplo, a um advogado falar perante um juiz prisioneiro do sistema vigente, que o mantém álgido e distante, encerrado no casulo de um diálogo desigual ou impossível. Como é decepcionante e

desanimador ouvir, às vèzes, o desenrolar de um juízo fundado em falsas e inexoráveis premissas, e nada se poder aduzir, nada se poder objetar, a bem da verdade e da justiça que ambos, o advogado e o juiz, temos em vista atingir!

Não é menos triste o desenlace melancólico de demandas, comprometidas pela inexperiência ou pela temeridade de um profissional, sem que ao juiz seja dado interferir, em virtude do apequenamento que tem prevalecido na compreensão das atribuições reais do magistrado, sobretudo no instante crítico do despacho saneador?

Dir-se-á que sempre assim foi e que sempre assim será, tais são as deficiências e misérias humanas. Quando, porém, o que devia ser exceção ganha terreno de normalidade, mister é que se revejam as estruturas do Direito, a começar pelas do ensino universitário; imprescindível é que se renove o arcabouço lógico da Ciência Jurídica, e se cuide, com não menor afincio, da reforma das atitudes, graças a uma compreensão mais viva do papel que advogados e juizes, delegados e promotores exercemos no seio da comunidade. Tudo está a reclamar, em suma, a revisão do Direito, em sua estrutura e em seu espírito, a começar pela formação de profissionais que efetivamente correspondam às conjunturas da “nova sociedade industrial”, onde a advocacia contenciosa vai cedendo amplo espaço à advocacia preventiva e suasória; onde as especializações vão deixando de se realizar em termos de disciplinas jurídicas, para se dar em função de setores econômico-sociais; onde a tarefa do advogado talvez venha a ser menos a de interpretar códigos e arestos de jurisprudência do que a de conceber e aplicar complexos modelos negociais, e não, menos complexas estruturas normativas exigidas pela praxis administrativa do Estado de cultura e do bem estar social.

Advogado e professor, seduzido pelos valores da Política e da Filosofia, vêde a que riscos vos expusestes

me conduzindo às alturas de vosso galardão! Estou aqui a falar-vos em demasia, expondo-vos com franqueza as minhas esperanças e os meus cuidados, e nem me apercebo de que vai adiantada a hora, que é tempo de dizer-vos como me sensibiliza e me confunde a vossa homenagem.

Estou naquela quadra da vida na qual ainda é cedo para parar, mas já começa a ser tarde para o balanço do já realizado. Generosamente quisestes dar o sinal de vosso aprêço pelo que me foi possível até agora fazer, mas recebo o vosso juízo sobretudo como uma prova de confiança no trabalho futuro, como desafio a que persevere na compreensão filosófica de uma experiência jurídica tão viva e fascinante como o é a dos juristas brasileiros, que nada têm a temer em confronto com a dos povos cultos. Se há um domínio do qual podemos nos envaidecer, ainda quando nos ignorem, êsse é o Direito, que a vossa Casa tão nobre e altamente representa!

Doutoramento “Honoris Causa” do Professor Dr. Adriano José Alves Moreira.

Em assembléia universitária, realizada solenemente a 12 de setembro de 1967, no salão nobre desta Faculdade, foi outorgado ao ilustre Professor Dr. Adriano José Alves Moreira o título de Doutor “Honoris Causa”, pela Universidade de São Paulo.

Presidindo à Assembléia, o professor Dr. Tharcísio Damy de Sousa Santos, magnífico Reitor em exercício, designou os professores Drs. Miguel Reale, Antônio Chaves e Soares Amorim para introduzirem no recinto o homenageado.

Após a leitura do termo de doutoramento pelo Secretário Geral da Reitoria, proferiu o elogio do doutorando o Prof. Dr. Alfredo Buzaid, diretor da Faculdade.

O novo Doutor “Honoris Causa”, da Universidade de São Paulo, nasceu em Grijó-Trás-os Montes (Portugal); advogado desde 1944 é doutor em Ciências Sociais e Política Ultramarina; professor e diretor do Instituto Superior de Ciências Sociais e fundador das Universidades de Angola e Moçambique; presidente da Academia Internacional de Cultura Portuguêsa; do Centro Europeu de Informação e Documentação e da União das Comunidades de Cultura Portuguêsa; é ainda membro atuante do Instituto Hispano Luso Americano de Direito Internacional e do Instituto de Estudos Políticos de Madrid. Foi também ministro do Ultramar.

Exercendo tão altos cargos, cultor da ciência jurídica e política, publicou, entre outras obras, o *Código do Tra-*

balho Rural da Africa; Direito Corporativo, Ideologias Políticas, Política Ultramarina, Partido Português, Batalha da Esperança. No Brasil é doutor “Honoris Causa” também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e de Brasília sendo, ainda, portador da Grã Cruz da Ordem do Cruzeiro do Sul.

Após a colação de grau, saudando o novo Professor “Honoris Causa”, disse o Presidente da Assembléia pequena mas expressiva oração, publicada a seguir.

Oração do Professor Dr. Tharcísio Damy de Sousa Santos.

Impedido de aqui poder estar, coube-me como substituto do Magnífico Reitor em exercício, Professor Mário Guimarães Ferri, a honra insigne de presidir esta Assembléia Universitária. Essa a circunstância que, privando o M. Reitor de aqui estar, como desejara, a mim outorga o privilégio de, neste ensejo, dirigir minhas saudações a Vossa Excelência, Senhor Professor Ministro Adriano Moreira. Ao virdes a esta Faculdade, tão impregnada das mais nobres e caras tradições da gente de São Paulo neste recanto do Brasil, aqui ireis receber a comprovação — se comprovação necessária fôsse — do aprêço pela vossa obra e pelos ideais a que tendes sido sempre fiel, que testemunham vossos amigos e vossos colegas Professôres da Faculdade de Direito, iniciadora da moção, e de tôdas as Faculdades e Institutos desta Universidade, aqui reunidos em Assembléia.

Ao vos conferir a sua mais alta láurea, quizeram a Faculdade de Direito e todo o Conselho Universitário, manifestar a consideração particular que têm pela vossa obra, pela vossa atuação de estadista, enobrecendo as tradições de Portugal e marcando de forma de relêvo o progresso das províncias de ultramar. Propugnador do desenvolvimento da Cultura Portuguêsa, fostes o implantador dos Estudos Gerais Universitários das províncias de

ultramar, poderoso instrumento de desenvolvimento e do bem-estar moral e material de suas populações. Por isso, em sua indicação unânime, a Congressão desta Faculdade, sôbre realçar os méritos de jurista renomado que ornou Vossa Excelência como Professor Universitário, dos de maior renome em Portugal, quiz ainda frisar o alto aprêço que sabe dedicais aos valores da cultura brasileira, ampliando assim e estreitando mais o intercâmbio cultural entre portugueses e brasileiros.

Ressoam ainda por certo os écos do II Congresso das Comunidades de Cultura Portuguêsa, realizados em julho último em Luanda e em Moçambique, conclave que, estou informado, ensejou novos e proveitosos contactos em prol da consolidação dos ideais cristãos da comunidade a que nos honramos em pertencer. Essa iniciativa de Vossa Excelência, constitui um galardão a mais, a juntar-se ao já dilatado rol de serviços prestados ao vosso país e aos ideais de cultura e fraternidade.

Senhor Professor Adriano Moreira:

Ao apresentar a Vossa Excelência o tributo da sincera homenagem da Universidade de São Paulo, desejo reafirmar a convicção e a certeza de que, Doutor nôvo desta Universidade, continuareis a exercer a mesma firme e denodada atuação em prol da comunidade brasileira e portuguêsã, assim servindo aos mesmos ideais, que, hoje, como sempre, nos irmanam.

**Oração do novo Doutor “Honoris Causa” Adriano José
Alves Moreira.**

Após a saudação do Dr. Tharcisio Damy de Sousa Santos, pronunciou o novo doutor “Honoris Causa” a seguinte oração:

“Não há muitos dias, encerrou-se algures no Índico, nas águas de Moçambique, o II Congresso das Comunidades

de Cultura Portuguesa, ao qual tive a honra de presidir. Homens vindos de todos os continentes, portugueses, descendentes de portugueses, ou filiados na cultura portuguesa, navegando em águas carregadas de história e de sentido para toda a humanidade, meditaram em comum sobre a importância da cultura lusitana no mundo do nosso tempo; tentaram definir e aconselhar um conjunto de procedimentos que ajudem a preservar, fortalecer e desenvolver esse patrimônio; esforçaram-se por entender os desafios dos novos tempos que é necessário enfrentar com respostas novas; cuidaram de tornar evidentes as respostas já dadas aos problemas de sempre e que consideram um contributo valioso para o patrimônio comum de todos os povos.

“As duas centenas de congressistas, que compreendiam professores, escritores, jornalistas, cientistas, homens de ação, sentiram-se orientados pela convicção de que, no mundo interdependente do nosso tempo, nada daquilo que afeta um povo pode ser indiferente aos outros, porque todos estão funcionalmente ligados por interesses solidários.

“Nunca parece ter sido tão claro como hoje que, independentemente da raça, da cultura, ou da religião, todos os povos são apenas parcelas do gênero humano que povoa a terra e que enfrenta os mesmos desafios mortais.

“Muitos dos que estão aqui reunidos ainda se recordam do tempo em que os Estados Unidos da América do Norte eram divulgados como uma terra onde aconteciam coisas desproporcionadas ou divertidas que não afetavam em nada o viver quotidiano dos nossos países; e do tempo em que a China era divulgada como um país onde havia sempre a novidade de uma revolta de generais e o hábito das catástrofes, sem que isso tivesse reflexos noutros países.

“A curta vida da geração que está a despedir-se foi suficiente para que os primeiros se transformassem no maior poder da terra de todos os tempos e para que a

segunda desafie o equilíbrio mundial da balança de poderes.

“Mas esta radical mutação da trama das relações internacionais, também foi acompanhada da crescente importância das pequenas e das médias potências, assim como da importância dos centros de decisão que servem valores puramente morais ou espirituais. É tão descompassado o poder dos grandes, que se alargou enormemente a margem que fica livre para a audácia dos outros.

“De tal maneira desabam à nossa volta as estruturas do passado que nunca foi mais instante a busca de uma escala de valores que iluminem os caminhos que precisamos de encontrar, neste pobre mundo, para conseguirmos aprender a viver juntos sendo diferentes.

“Quando a fome, a explosão demográfica, o poder atômico, o racismo, parecem conjugar-se para nos ameaçar com a consumação dos tempos apocalípticos, não podemos deixar de sentir a necessidade de procurar, no mundo dos valores, a luz da esperança com que o gênero humano precisa de enfrentar e dar resposta aos desafios do nosso tempo.

“Ao contrário de lastimar a multiplicação de caminhos contraditórios que se abrem à nossa frente, e ao contrário de supor que definitivamente não vale a pena lutar para evitar derramar um sangue que sempre há de ser derramado, devemos enfrentar com alegria a época em que nos aconteceu viver e participar na construção do mundo.

“Sabemos hoje que todos os esquemas políticos são instrumentais, que os impérios são transitórios, que a hierarquia das potências é efêmera, sabemos enfim que nada, salvo a cultura, tem a vocação da eternidade. Tomemos o exemplo da área de cultura lusíada onde hoje, dois poderes políticos independentes, Portugal e Brasil, sustentam uma concepção de vida com a mesma indestrutível raiz. Para além de tudo aquilo que a originalidade dos problemas fêz acrescentar às soluções regionais, o denominador comum está para sempre presente nas rela-

ções de família, na definição das instituições básicas como o município, na afirmação da igualdade do gênero humano independentemente da etnia ou da religião, na concepção da dignidade do homem, nos estilos fundamentais de vida privada, em suma, na adoção de uma peculiar maneira de nascer, viver e morrer.

“Os valores plasmados nestes programas normativos, expressos na mesma língua, são um patrimônio comum que não pertence apenas a ambos os povos, é também parte do tesouro da humanidade.

“São valores sempre presentes na cordialidade com que se recebe o forasteiro, na humildade com que se reza por inspiração e força moral, na amorosidade com que se trabalha a terra, na fraternidade com que se socorre o infortúnio dos semelhantes, na delicadeza com que se ignoram as deficiências alheias, na devoção com que se missionam as gentes, na perseverança com que se trabalha pela paz entre os homens, na coragem com que se enfrenta a luta, na galhardia com que se defronta a adversidade, na teimosia com que se encara o difícil, e até na poesia com que se desafia o impossível.

“As nossas velhas leis, que são do Brasil e de Portugal, representam certamente a expressão mais valiosa desta experiência vivida em que baseamos a nossa busca de respostas novas para os desafios novos dos nossos tempos. Esta veneranda escola de São Francisco, onde se refletem tôdas as glórias seculares da universidade de Coimbra acrescidas da responsabilidade pela participação efetiva na construção de um mundo novo, é sem dúvida um dos pilares fundamentais desta maneira lusíada de estar no mundo. Uma maneira de estar no mundo que, como ensinou Miguel Reale, não entende o direito senão como a expressão da existência humana, como componente da projeção cultural da espécie.

“Mas justamente porque é assim, inelutavelmente ligados os dois povos lusíadas ao patrimônio comum do passado, independentes sem dúvida, mas confrontados pela

interdependência que é a lei do nosso tempo, responsáveis pela defesa de valores que compartilham, porque é que não haveríamos de ser capazes de procurar respostas convergentes para os desafios do futuro? Se é tão fundamental para o mundo que os que são diferentes aprendam a viver juntos, porque é que não hão de saber viver solidários àqueles que a história vinculou para sempre às mesmas raízes, a um patrimônio de valores indivisíveis?

“As nossas Ordenações comuns e os nossos códigos diferentes estão unidos pela mesma concepção do mundo e da vida, denominador de um passado igual e fontes de um futuro que pode ser solidário.

“A púrpura que consagra o mérito dos nossos trabalhos, sapientíssimos doutores, tem a côr do sangue derramado por muitas gerações, na guerra e na paz, para definir e preservar uma maneira de estar no mundo que serve todo o gênero humano sem fazer ofensa a ninguém.

“É um verdadeiro símbolo de fidelidade a uma tarefa inacabada e sempre renovada, que não pode receber-se sem temor e humildade. É com essa atitude de espírito que venho aqui, neste dia maior, acatando a vossa decisão de me tornar vosso igual como prova da magnanimidade que acompanha sempre a sabedoria. Escutando com reverência as palavras do sábio professor doutor Alfredo Bouzaid, que encontrou na sua ilimitada generosidade modo de justificar a benevolente decisão do vosso Conselho, verdadeiramente não encontro razão mais forte para esta honra do que o meu ilimitado amor ao Brasil.

“Lidando por ofício com os problemas do tropicalismo, e procurando corresponder à tarefa modesta que me coube no campo da investigação e do ensino, nunca pude conseguir que a frieza do livre exame deixasse de ser acompanhada pelo entusiasmo e pela gratidão com que vemos a evolução e o crescimento do Brasil, na certeza de que êsse crescimento e essa fôrça servem os valores em que tenho fé e foram o credo dos nossos comuns antepassados. Todos êsses valores reunidos no respeito pela eminente

dignidade do homem. Todos esses valores inspirados pela convicção de que cada vida humana é um fenômeno que se não repete e não pode ser frustrada.

“Recebo a honra que me concedeis, nesta internacionalmente prestigiosa Faculdade de Direito, lembrando a mim próprio as sábias palavras de Marco Aurélio: *“quantos homens, que mereceram tantas celebrações, hoje estão cobertos pelo esquecimento! E quantos homens que os celebraram estão mortos há tanto tempo!”*

“Dividido sempre, pelas circunstâncias da vida, entre o pensamento e a ação, com a experiência das contingências que obrigam a diluir no fazer as dúvidas do pensar, encontrei em tôdas as atitudes, as lousas partidas, as lápides ilegíveis, os monumentos apeados, os nomes apagados, as datas esquecidas, que tudo nos lembra a contingência das pompas. Aprendi que os homens passam e só as instituições permanecem porque encarnam as idéias que nunca morrem.

Relembrando Professor Francisco Morato.

Em sessão presidida pelo Sr. Diretor, Prof. Dr. Alfredo Buzaid, e presentes altas personalidades do mundo jurídico, prestou a Faculdade de Direito significativa homenagem à memória de um de seus mais ilustres mestres e diretores, inaugurando na sala do Estudante, aos 13 de novembro de 1967, um retrato a óleo de Francisco Antonio de Almeida Morato.

Convidada pelo Sr. Diretor, a Sra. Cinira Morato Leme descerrou, sob vibrantes aplausos, a Bandeira Nacional que encobria o retrato. Em seguida, em nome do Instituto dos Advogados de São Paulo, do qual Francisco Morato foi fundador e primeiro presidente, falou o Dr. Lauro Celidônio que lhe realçou as qualidades morais e intelectuais, no exercício profissional.

Representando a Congregação, o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Moacyr Amaral Santos discorreu sobre a contribuição do homenageado às letras jurídicas, ao ensino, à advocacia e à política.

Após o discurso do Prof. Amaral Santos, o Dr. Aureliano Leite, presidente do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, enalteceu a participação de Francisco Morato na história política e jurídica de São Paulo e do Brasil.

Finalmente, dizendo poucas mas brilhantes palavras, Professor Alfredo Buzaid encerrou a sessão salientando o caráter, intransigentemente liberal, de quem atuou firme e decisivamente na defesa do regime democrático para o Brasil.

Publicam-se a seguir todos os discursos proferidos na ocasião, pela ordem indicada.

**Discurso do Dr. Lauro Celidônio, Presidente
do Instituto dos Advogados de São Paulo.**

“Quando, a 21 de dezembro de 1916, se reuniram, no Salão Nobre do Instituto Histórico e Geográfico de S. Paulo, cinqüenta e sete ilustres advogados paulistas, em assembléia que fundou o então denominado “Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo”, foi plantado, sem dúvida, um marco de capital importância para as letras jurídicas e o exercício de advocacia.

Entre êsses 57 fundadores desejo citar os nomes dos que se acham presentes, o proecto presidente do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, dr. Aureliano Leite, do Professor Emérito Vicente Ráo, do dr. Celso Leme e do dr. Henrique Bayma, insignes advogados, homenageando, nas suas pessoas, todos aquêles que fundaram o sodalício, em cuja presidência me acho, e em nome do qual tenho a honra de usar da palavra nesta solenidade para associá-lo à homenagem que se presta à memória do Professor Emérito Francisco Morato.

Na memorável sessão em que se fundou o Instituto dos Advogados, encabeçava a lista dos presentes e foi eleito seu primeiro presidente o homenageado de hoje.

Duas eminentes personalidades vão discursar enaltecendo a figura excelsa do saudoso mestre: o egrégio ministro Moacyr do Amaral Santos, jurista, professor e advogado — que acaba de deixar o Conselho do Instituto ao investir-se, com justiça, na mais alta honra que se poderia atribuir a um cultor do Direito, de virtudes ilibadas, qual a de ministro do Supremo Tribunal Federal; e o consagrado historiador e literato dr. Aureliano Leite.

Não me compete, assim, pronunciar um discurso analisando de forma integral a personalidade multiforme do

mestre desaparecido. Seria ousadia imperdoável. Essa missão está a cargo das abalizadas autoridades, às quais acabo de me referir.

Desejo lembrar, todavia, embora sucintamente, alguns aspectos marcantes da sua vida.

Exerceu a presidência do sodalício de 1916 a 1921 e de 1924 a 1926.

Foi êle o autor do Código de Ética Profissional, aprovado em 1921, pela nossa entidade de classe.

Professor substituto desta Casa, por concurso em 1917, em 1922 conquistou, também por concurso, a cátedra de Direito Judiciário Civil, tendo ainda ocupado o cargo de diretor desta veneranda Faculdade de 1935 a 1938.

Foi sócio honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros eleito em 1935.

Foi também o primeiro presidente do Tribunal de Ética de São Paulo, função que exerceu desde 1937 até sua morte, ocorrida em 21 de maio de 1948.

Em suas atividades de professor, jurista e advogado, escreveu valiosos trabalhos.

Mas não se esquivou a dar ao Estado natal e à Pátria o seu valioso concurso de cidadão, como presidente da Comissão de Limites São Paulo e Minas e secretaria de Estado para os Negócios do Interior e da Justiça.

Devotou-se, também, à política, convencido que estava da necessidade da reforma dos nossos costumes nessa área, a fim de se extirparem os vícios que desfiguravam a verdadeira democracia.

Foi fundador e presidente do Partido Democrático que em sua última convenção o elegeu presidente perpétuo.

Deputado federal, pelo seu partido, integrou também a “Aliança Liberal” e foi um dos arquitetos da Revolução de 1930 em nosso Estado, que deveria governar de acôrdo com as articulações feitas antes de deflagrar-se o movi-

mento. Vitorioso êste, não quis assumir, de imediato, o govêrno do Estado, como desejavam seus correligionários, já que, para o cargo, fôra escolhido antecipadamente.

Na sua integridade de caráter, entendeu que devia receber o govêrno do Estado por delegação expressa do Govêrno Provisório da República, preferindo aguardar a chegada a esta Capital do chefe da Revolução, a cujo encontro se dirigiu.

Êste gesto de retidão e de grandeza moral não foi, porém, correspondido, pois o ditador esqueceu o compromisso e colocou São Paulo sob o mando de um tenente provindo de outras plagas.

Começou então a luta contra o poder ditatorial que culminou no desfecho da Revolução Constitucionalista de 1932, da qual Francisco Morato participou ativamente. Formou a “Frente Única”, tornando-se membro da Comissão Organizadora da Revolução, promovendo a articulação com políticos de outros Estados, especialmente do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais.

Terminada a fase militar, foi exilado e assumiu altivamente a responsabilidade dos seus atos, como membro que fôra do Conselho Supremo Revolucionário.

De sua lavra são os dois manifestos que o Partido Democrático lançou à Nação quando do rompimento com o govêrno revolucionário do Estado, e, posteriormente, quando rompeu com o regime ditatorial do País.

Êsses manifestos foram considerados como modelos de documento político no gênero, pelo seu conteúdo, pela sua precisão e pela perfeição vernácula.

Dotado de larga cultura e erudição invejável, falava o idioma pátrio com esmêro, usando sempre de linguagem castiça. Também era latinista profundo, como verificaram seus companheiros do Partido Democrático em certa ocasião em que êle comentava a encíclica “De Rerum Novarum” lendo-a em livro escrito em latim que ia traduzindo à medida que falava.

Advogado, político, parlamentar e professor, mas sempre jurista, não se poderiam aplicar a êle, mais do que a qualquer outro, as palavras do seu discurso quando eleito sócio honorário do “Instituto dos Advogados Brasileiros”:

“O jurista é o levita da justiça e a justiça, na sua expressão divina e mundana, é o eixo em tórno do qual revolteiam todos os interesses da humanidade, chave dessa harmonia maravilhosa que o gênio de Leibnitz denominou de preestabelecida pela bondade e sabedoria do Criador”.

Realmente, assim se definiu êle próprio no discurso de agradecimento ao grau de Professor Emérito conferido pelos seus pares:

“Juristas de crenças e de princípios, tenho me mantido fiel e observante daquelas e dêstes, sem necessidade de renegar nenhuns nem outros no exercício da profissão; aquelas e êstes traçando-me o círculo dentro do qual se movimentam tôda inteligência lógica e coerente, uns e outros dando-me a máxima largueza e liberdade nos pontos de vista e opiniões avançadas que tenho sustentado na esfera do direito filosófico e do direito positivo, em face do direito público, do direito privado e do direito processual, em harmonia com as leis da evolução social, com os novos aspectos e necessidades da vida moderna”

Advogado eminente, professor notável, jurista de alto tomo, homem de crenças profundas, as suas palavras são como que o conteúdo, de tudo aquilo que o nosso também professor emérito igualmente fundador e ex-presidente do Instituto, Vicente Ráo, escreveu na introdução da sua obra “O Direito e a Vida dos Direitos”, mostrando que o Direito não está em declínio nem os seus princípios estruturais faliram, pois os que ousam sustentar o contrário confundem princípios, que são normas universais e abstratas, com regras que são preceitos mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social.

Nas memoráveis lições e publicações do mestre homenageado, também se encontra, por certo, o que traduzem

as belas palavras de Georges Ripert sôbre o pretenso declínio do direito e a regra moral nas obrigações, mostrando que existem princípios jurídicos ligados à nossa civilização, que a garantem e a sustentam, assim como a moral é um fator essencial do direito que o jurista deve construir, e, mais do que isso, é uma fôrça capaz de derubar a lei, quando feita sem atender aos preceitos morais.

Eis aí, meus senhores, o que, em rápido bosquejo, o Instituto dos Advogados de S. Paulo julgou dever assinalar nesta solenidade sôbre seu insigne primeiro presidente, hoje mais uma vez homenageado nesta Faculdade de tantas tradições.

Bem faz, pois a Faculdade de Direito em reverenciar a memória do eminente professor que, por sua vida ilibada e pelos serviços que prestou no aprimoramento das instituições jurídicas e políticas do País, faz jus à gratidão da Pátria”.

**Discurso do Prof. Dr. Moacyr Amaral Santos,
Ministro do Supremo Tribunal Federal.**

“Ao despedir-me, lacrimoso, dos meus discípulos do quinto ano para atender a um imperativo de consciência, que me conclamava para o exercício de novas funções, não obstante fôssem essas o coroamento de uma vida de incessante trabalho e que jámais aspirara prêmios ou recompensas, declarei, com a sinceridade de quem se dirige a amigos e não se achar habituado ao emprêgo de metáforas ou expressões dubias, estar condicionado o honrosíssimo sacrifício à satisfação de me não afastarem da glória inexcédível de continuar pertencendo à Congregação de Professôres desta nossa Faculdade de Direito. E isso que comunicara aos meus queridos discípulos, dissera-o antes, sem rebuços ou meias palavras, ao eminente sr. ministro da Justiça, prof. Gama e Silva, porta-voz do convite de s. exa. o sr. presidente da República, ao preclaro e querido

diretor da Faculdade, prof. Alfredo Buzaid, e aos caríssimos professôres que me confortaram com os seus abraços.

Essa atitude, aparentemente romântica e por certo inadequada a uma época de conquistas da fortuna, da fama ou das posições a qualquer preço, essa atitude, se apreciada do ângulo em que se coloca o professor ou o aluno, sobrenadará na singeleza, quiçá na rudeza das suas linhas, que me marcam como homem que se não sente verdadeiramente feliz senão reforçando e colaborando para a eternização dos alicerces espirituais do evangelho impregnado e mesmo esculpido nestas benditas Arcadas.

Perdoai-me êste preâmbulo. Fi-lo sem propósito preconcebido de alimentar estimas mas com a manifesta intenção de que essas envolvam indistintamente todos os professôres da Casa, cada qual, não só pela sua operosidade e sentimentos afetivos, como principalmente pela inteligência, cultura e amor acendrado ao magistério, merecedor de que se lhe beijem as mãos, em sinal de reconhecimento pelos inestimáveis serviços que prestam à mocidade, à Faculdade e à Pátria. Outrossim, fi-lo para que compreendais melhor e peseis bem o profundo sentido desta solenidade, destinada a gravar nos muros da alacre Sala dos Estudantes o nome de um professor que não apenas simboliza as virtudes do magistério superior, mas, e especialmente, a grandeza d'alma daqueles que iluminaram e iluminam a mocidade estudiosa da Academia do largo de São Francisco.

Falo-vos, meus senhores, do prof. Francisco Morato.

Quisera falar-vos do homem público, do político, do revolucionário, soldado e companheiro que dêle fui, testemunha juramentada das invulgares qualidades que, nesse impressionante setor da sua personalidade, em nome desta lendária Casa lhe reconheceu e proclamou autorizadamente o eminente prof. Vicente Ráo, — “De situação mais nítida, mais expressiva do que a sua, não sei. Nem sei de quem dêle possa dizer que outra posição ocupasse a não ser a

da luta e, na luta, outra fileira que não a da vanguarda, a da ação, a do perigo, a da responsabilidade”

Mas enveredar-me por êsse campo, rico de episódios emocionantes, seria trair o mandato, que me conferiram, de limitar-me a bosquejar o traço fundamental dessa figura inconfundível no seu tempo e raramente encontrável nos dias de hoje, que o assinala com a auréola daqueles poucos predestinados a quem se pode engrinaldar com a coroa de jurista.

Antes de tudo, e acima de tudo e em tudo, foi Francisco Morato um jurista, um grande jurista — já o disse Vicente Ráo. Antes de tudo, e acima de tudo e em tudo — preleccionando a seus discípulos, que o adoravam, doutrinando os seus concidadãos, polemizando nos debates forenses no amparo dos seus clientes, desabotoando os temas políticos ou sociais nas tertúlias associativas ou nas encandescentes contendas parlamentares, combinando os planos de reformas nas reuniões secretas das conspirações, e até mesmo reverenciando os sentimentos religiosos do seu povo, que os tinha profundos e sinceros, antes de tudo, acima de tudo e em tudo, foi sempre e ininterruptamente um jurista, um grande, um extraordinário jurista.

Era-o por vocação e por formação, por ser devoto e cada vez mais aperfeiçoar-se e afeiçoar-se no amor à justiça. “A justiça — disse êle — é o eixo em tórno do qual revolteiam os interêsses da humanidade, a medula ou principio dessa harmonia maravilhosa que o gênio de Leibnitz denominou de preestabelecida pela bondade e inteligência infinita de Deus”

Medula e principio da vida em sociedade, a justiça, que se ocupa da distinção do justo e do injusto, sem a qual não se cria nem se consolida um centro de alta civilização, inspira e arma tais sacerdotes de uma religião comum, uns poucos descuidados de si mesmos senão na disputa de se honrarem pelos serviços de contribuir para desfazer as diferenças entre os homens e conduzi-los à convivência

aprazível que sòmente a paz proporciona. Dai a dificuldade, a delicadeza e a grandiosidade do papel desempenhado pelo jurista. “Na verdade — ressoa a voz de Francisco Morato — o officio do jurista é dos mais intrincados e dignificantes na nomenclatura e hierarquia das profissões liberais, tanto pelos predicados que exige de aptidões literárias, acuidade de intelligência, dotes de espírito, variedade de conhecimentos, visão omnímoda das coisas da vida, quanto pela função capital e sintética do mister de distinguir na teoria e na prática o justo do injusto, de realizar o Direito, aquilo que é a primeira e mais impreterível condição da existência organizada, a própria medula da vida coletiva e individual, o fundo e substância de tôdas as relações no trato dos homens, das famílias, das sociedades e das nações”.

Está visto que um officio assim difícil, complexo e nobilitante não se adquire apenas porque se queira exercê-lo e se satisfaçam materialmente as formalidades para exercê-lo. Não basta ostentar o anel vistoso de bacharel, em nossos dias desgraçadamente fornecido a granel, a quem os almeja, pela multiplicação deprimente das escolas ditas “de Direito”; não basta conhecer as leis, tôdas as leis, que mesmo o leigo pode sabê-las; nem basta “o simples bom senso para compreender e aplicar o direito”.

“A êste efeito — adverte Francisco Morato — faz-se mister dupla qualidade; em primeiro lugar, o poder particular de concepção, que só se consegue após anos de esforços e exercício, o hábito peculiar do pensamento abstrato — *a intuição jurídica*; em seguida o talento de operar com o auxílio das noções, a faculdade de transformar alternativamente o abstrato e o concreto, o golpe de vista e percepção nítida dos princípios dominantes nas espécies propostas — *a arte jurídica*. Reunidas, a intuição e a arte formam a *educação jurídica*. — É esta educação, e não a massa de conhecimentos, que distingue o jurista do homem do mundo; é graças a ela que o legista cerra

e resolve problemas que escapam àqueles mesmos que se alcandoram lá nas sublimidades da filosofia e do cosmopolitismo científico”

Com uma concepção assim encantadora da profissão que abraçara e a que se entregara de modo inseparável, fixou-se em Francisco Morato o traço predominante de sua personalidade. Êle próprio, sem qualquer sintoma de jactância, e sim com o evidente intuito de tentar desconhecer ou encobrir suas demais excelsas virtudes — caráter sem jaça, cidadão exemplar, conhecedor profundo do vernáculo, orador primoroso, capacidade intelectual privilegiada, cultura omnímoda, “alicerçada em sólidos conhecimentos filosóficos” — êle próprio, justamente envaidecido resguarda para si, como galardão, o título de jurista, assim se definindo na mais consagrada homenagem que lhe prestaram os seus colegas da Congregação de Professôres e os seus discípulos, ao lhe conferirem, pela primeira vez na história da nossa Universidade, o título de “*professor emérito*”: — “Jurista de crenças e de princípios, tenho me mantido fiel e observante daquelas e destes, sem necessidade de renegar nenhuns nem outros no exercício da profissão; aquelas e estes traçando-me o círculo dentro do qual se movimenta tôda inteligência lógica e coerente, uns e outros dando-me a máxima larguesa e liberdade nos pontos de vista e opiniões avançadas que tenho sustentado na esfera do direito filosófico e do direito positivo, em face do direito público, do direito privado e do direito processual, em harmonia com as leis da evolução social, com os novos aspectos e necessidades da vida moderna”

Êsse, o prof. Francisco Morato, é o nome tutelar da vossa sala de reuniões, srs. estudantes. Batizando-a com êsse nome augusto, a Congregação de Professôres atende a um gesto dos próprios estudantes que, naquela solenidade, pela voz de Auro Soares de Moura Andrade, hoje na presidência do Senado da República, consagraram o insigne patricio com estas palavras que reboaram e se eternizaram

nas Arcadas: — “Não sabemos — disse o intérprete da mocidade — não sabemos em vós quem terá sido maior — se o professor, se o jurisconsulto ou se o cidadão brasileiro. Professor, comungastes em pensamentos com os vossos discípulos, dando-lhes exemplos vivos de caráter, tenacidade e trabalho, que sempre definiram a vossa individualidade; jurisconsulto, construiste o mais belo e perfeito monumento de pareceres, que ilustram a literatura jurídica nacional; brasileiro, amastes profundamente a vossa República Federativa, a vossa Pátria Democrática, o vosso povo livre, as tradições históricas da nacionalidade. Para o Brasil, foram todos os vossos pensamentos; a Cátedra foi a vossa couraça, foi a vossa energia, foi o vosso coração, o vosso ponto de apôio, a vossa dignidade, a vossa glória”.

**Discurso do Dr. Aureliano Leite, Presidente do
Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo.**

“Aos 16 anos, um mancebo trigueirinho e espigadinho, de aparência infantil, vindo do interior da Província, de antiga família piracicabana, com curso de preparatórios estudados no Colégio Morethson, matriculou-se nesta já velha Faculdade, albergada num colonial Convento Franciscano. Chamava-se Francisco Antonio de Almeida Morato.

Nesse tempo, a então Academia de Direito reunia em seu seio, entre lentes e alunos, figuras, umas já eram, outras viriam a ser, das mais famosas do Brasil. Mencionemos alguns lentes: José Bonifácio, o moço, Américo Brasiliense, Barão de Ramalho, Crispiniano Soares, João Monteiro, Brasílio Machado, Leôncio de Carvalho, Justino de Andrade, Dutra Rodrigues, Duarte de Azevedo, Sá e Benevides, Padua Fleury. Mencionemos alguns alunos: — Artur Ribeiro, A. J. da Costa e Silva, Inglês de Souza, Alberto Torres, Wenceslau Braz, Alberto Faria, Vicente

de Carvalho, Sílvio de Almeida, Delfim Moreira, Washington Luís, Herculano de Freitas, Antonio Carlos (3.º), Candido Mota, Reinaldo Porchat, Paulo Prado, Afonso Arinos...

Se pudesse caber em simples palestra, como esta, os dados biográficos de cada uma dessas estrelas, haveríamos de encontrar nelas políticos famosos, três presidentes da República, juristas de renome, notáveis professores, homens de letras em prosa e verso.

Mas êsse mancebo moreninho e espigadinho da bonita Piracicaba conquistou logo por sua inteligência e aplicação lugar de destaque entre aquêles expoentes. Começou desde logo a aprimorar o seu gôsto pelo vernáculo, escrevendo em folhas acadêmicas. Mantendo convicções monarquistas, não pertenceu à corrente dos republicanos. Enquanto outros fundavam o órgão *A República*, êle escrevia em *O Constitucional*. Lendo-se a sua bela oração muito mais tarde, dedicada a outro luminar desta casa, José Augusto Cesar, tem-se a impressão de que viria participar de seu conceito acêrca dos fundadores da República, ou seja, que o relêvo que dão os contemporâneos a todos êsses vultos se assenta num preconceito patriótico, que estava longe de ser justificado pela realidade.

Aos 20 anos, o moço monarquista estava formado bacharel em ciências jurídicas e sociais e lá voltou para a terra natal a iniciar a profissão que Santo Ivo enobreceu.

Hoje, quando se conquista um canudo de bacharel, engenheiro ou médico, o comum é querer-se ficar nesta assombrosa S. Paulo. Outrora, a regra era enveredar-se para o interior e começar acolá a nobre carreira, que desgraçadamente alguns poucos desmerecem, voltando as costas ao exemplo do santo advogado de Tréguir.

Só vim a conhecer Francisco Morato em 1910, quando se passou para a Capital. Mas eu sabia de seus primeiros e firmes passos na advocacia em Piracicaba, onde embora se mantivesse fiel à Monarquia, granjeara a confiança do

ex-presidente Prudente de Moraes, que matava o tempo e enchia a solidão em que viveu nos derradeiros dias de sua gloriosa existência, aceitando pequenas causas no foro local. As demandas de maior importância começou a passar para o jovem causídico. Assim aconteceu com a defesa do monstruoso matador do célebre pintor José Ferraz de Almeida Júnior, vítima ao findar do século XIX, da fúria de um marido enganado. O triunfo do novel bacharel foi completo, a despeito da antipatia da causa. O seu renome de advogado se firmara, mesmo entre aquêles que reprovavam o haver se incumbido da defesa dêsse Otelo moderno que ao invés de matar a esposa infiel, matou o amante. .

Com mais alguns anos, segundo o próprio Morato, chegando a mascatear a profissão nas redondezas de seu domicílio, estava apto a passar para esfera mais alta. Só o seu profundo amor à já batizada “Noiva da Colina” vinha conseguindo retardar o justo ideal de exercer a advocacia num campo maior, numa esfera mais alta. Foi-lhe penoso deixar a sua chácara ao longo do Salto de Piracicaba, povoada de pavões reais e outras aves raras abrigadas nas copas do arvoredo circundante da pitoresca residência. Foi-lhe duro abandonar o vício das caçadas e pescarias comuns nos homens ribeirinhos.

Êxito na Capital.

Mas era aqui em S. Paulo que se lhe reservavam os maiores triunfos da carreira, como advogado, como professor e jurista, e como político. Modesto, embora certo de sua proficiência, aceitou o convíte do preclaro Estevam de Almeida para trabalhar em seu escritório. E chegou, viu e venceu. Bem lhe cabe a conhecida proesa cesareana, pela rapidez de seus triunfos dentro e fora da advocacia, confirmando a fama de causídico e tribuno trazida do Interior do Estado.

No Instituto Histórico e Geográfico, das mais velhas associações culturais do Brasil, para onde logo entrou, deixou obras-primas de erudição e beleza em orações sucessivas.

No fôro, a sua capacidade de advogado e jurista se impôs no saber, na prática, na experiência do “metier” e na elegância.

Daí a pouco se funda o Instituto dos Advogados, cabendo a êsse provinciano, recém-vindo do Interior tal papel na criação do sodalício que foi logo guindá-lo à sua presidência. E a êle se ficou devendo o nosso primeiro Código de Ética, adotado em seguida pelo Instituto Brasileirc.

Vicente Ráo, que se envaidece de lhe haver sido auxiliar de escritório, saudando-o em belo discurso recolhido à Revista da Faculdade (vol. XXIV), lembra que: “Senhor absoluto das letras jurídicas, conhecedor a fundo do vernáculo, valia a pena vê-lo manejar o florete na luta forense. Se, às vêzes, tinha assomos de indignação e revolta ante a injustiça, muitas outras vêzes, brilhantemente, a fustigava em elegantísimos lances de esgrima — lances que faziam o desespêro de seus adversários, apanhados em fraquezas ou cincas. ”

Neste passo, Vicente Ráo adverte os leigos que, quando os advogados falam em florete, em espada e outras perigosas armas, é em sentido figurado. Figurado, mas igualmente penetrante, porque a ironia fere mais fundo que qualquer lamina. Lembrando que desde há muito que se usam tais instrumentos, cita o caso de Cícero. O incomparável tribuno, que era também advogado, em certo processo, precisou interrogar como testemunha um colega, não dos mais capazes, mas dos mais pretensiosos, por se dar ares, que mal lhe iam, de jurisconsulto. Irritado por ter de se sujeitar ao interrogatório de Cícero, de quem não era amigo, apenas êste lhe perguntou o que sabia sôbre o caso em debate, respondeu àsperamente: “Não sei nada”.

Ao que acudiu Cícero: “Perdão, não o estou interrogando sôbre matéria de direito e sim sôbre matéria de fato”.

Francisco Morato era assim, sabia ser Cícero quando preciso.

Catedrático.

Mas lhe faltava o coroamento da carreira, faltava-lhe uma cátedra nas Velhas Arcadas e êle sem demora a conquistou, em concurso dos mais notáveis que já se realizaram na tradicional Faculdade. Sua cadeira, Teoria e Prática do Processo Civil e Comercial, teve nêle um mestre à altura de seus preclaros antecessores nessa matéria: o Barão de Ramalho, João Monteiro, João Mendes Junior, Aureliano de Gusmão e Estevam de Almeida. E tem hoje, ao lado de Luís Eulálio de Bueno Vidagal e Moacir do Amaral Santos, um sucessor do alto coturno de Alfredo Buzaid, o insigne diretor desta prestigiosa e anciana Faculdade.

Político.

Agora, a política, o capítulo atormentado, o derradeiro capítulo de sua fecunda e longa existência, na qual alguns de seus adversários, não vendo onde lhe marear a reputação ilibada, inventariam que êle tinha jetatura. Dois movimentos arrastaram-no para essa inglória atividade, onde os grandes valores raramente alcançam sucesso: a Liga Nacionalista, na sua denodada pregação cívica, e a Revolução de 1924.

Quando o presidente Artur Bernardes mandou trancar aquela entidade, Morato foi dos que mais censuraram o gesto infeliz. Sem participar direta ou indiretamente da insurreição chefiada pelo honrado general Isidoro Dias Lopes, êle organizou e dirigiu a equipe de membros do Instituto dos Advogados que defendeu os implicados no movimento.

Membro fundador do Instituto dos Advogados, atritei-me então com Morato, recusando-me a fazer parte dessa equipe. É que havendo eu lançado volume um tanto apaixonado, verdadeiro panfleto, contra a Revolução e seus promotores, senti escrúpulo em encarregar-me de sua defesa.

O mestre, ao invés de castigar a minha desobediência, mostrou-me paternalmente o êrro e dêle me convenceu. Já era eu seu admirador. Tornei-me seu amigo.

Quando se fundou, aos 1926, o Partido Democrático, vendo à sua frente homens de sua estatura, como Antônio Prado, Gama Cerqueira, Reinaldo Porchat, Paulo de Moraes Barros e outros, esquecendo velhas decepções políticas, entrei para aquela histórica comunhão.

Parlamentar.

Ali dentro do Palácio Tiradentes, mostrou-se o velho monarquista um exemplo na compreensiva pregação e execução dos mais puros preceitos liberais. Eleito deputado federal, honrou como poucos o Parlamento, quer no estudo dos projetos, quer no decôro e na elegância paradigmas do trato pessoal no plenário ou na tribuna, a que subia freqüentemente, jamais lendo os seus discursos, pois era contra a fala escrita. O Parlamento é destinado a se falar, a se orar, e não se ora bem, lendo-se — dizia êle.

Humberto de Campos, que conviveu consigo na Câmara, coloca-o entre os seus melhores tribunos. E aquela Casa, então, no Palácio Tiradentes, possuía altos valores na arte da palavra, no conhecido conceito do luso Latino Coelho, de tôdas a mais difícil, mas a mais bela.

Lembremos alguns nomes: João Neves, Assis Brasil, Souza Filho, João Mangabeira, Anibal Freire, Lindolfo Collor, Adolfo Bergamine, Agamenon Magalhães. Altino Arantes, Manuel Vilaboim, Marrey Junior...

O país estava a caminho da Revolução de 1930. Seu primeiro passo foi a formação do bloco da Aliança Liberal.

Subestima-se por má fé ou por ignorância de suas *demarches*, o papel de Morato na formação da *Aliança Liberal*. Foi entretanto êle um de seus mais hábeis e eficientes articuladores.

Um “gentleman”.

Todavia o pertencer à Aliança Liberal e combater tenazmente as cousas e os homens do govêrno Washington Luis não lhe quebraram a linha da elegância nos gestos, a fina educação partidária de um autêntico *gentleman*. Ilustremos com êste caso. O Presidente Julio Prestes abriu os salões do palácio dos Campos Eliseos para um baile official, de gala. A secretaria expediu convites aos representantes do Estado no Senado e na Câmara Federal. O deputado Francisco Morato recebeu o seu.

Morato não era um homem bonito. Não satisfazia o conceito do Padre Antônio Vieira, que dizia que a beleza era uma caveira bem vestida. Mas sabia pôr tanta distinção no seu porte, que conseguia agradar as damas. Em traje de gala, chegava a ser uma esbelta figura. Envervou a sua casaca e lá compareceu ao baile official. Causou espanto a sua presença naquele meio. Era a primeira vez que um adversário mostrava aquela coragem. Mas o espanto não foi só lá, no Palácio. Cá, na sede do Partido Democrático, no outro dia, o grande político quase foi lapidado. E a lição de educação partidária não foi aproveitada.

Revolucionário.

Da Aliança Liberal para a Revolução de 1930 foi um curto passo. De S. Paulo tornou-se um dos maiores chefes, chefe que era do P. Democrático, após a morte de Antonio Prado. Corajoso e decidido, oferecia o ardor de um moço.

E já transpusera os 60 anos. Verdade que dentro do território de S. Paulo os democratas não lutaram. Mas a sua conspiração depois de sua pregação, preparou S. Paulo para receber a vitória. E a recepção da vitória excedeu de muito ao que se podia esperar: foi espetacular. Os seus adversários atribuíram com justa causa ao Partido Democrático a abertura do Estado à avalanche do Sul.

Mas o curioso foi que do lado dos triunfadores, em especial dos *tenentes* que rodeavam Getulio Vargas, alardeava-se que os democratas nada fizeram pela revolução, não cortaram sequer um fio de telefone e, por isso, não lhes assistia o direito de governar a sua terra. E o govêrno foi tirado de Morato para ser entregue a um estranho, a um inexperiente peregrino, ao Capitão João Alberto, que, antes de morrer, há pouco tempo, teve a coragem de confessar a audácia, a loucura de aceitar êsse posto.

O chefe paulista portou-se com altivez cívica invejável recusando de Getulio tudo quanto lhe ofereceu para compensá-lo.

Quarenta dias apenas durou o luzido secretariado em tórno do delegado getuliano, tais foram os desacertos e as injúrias contra S. Paulo do delegante e do delegado. Seguiu-se o rompimento oficial com João Alberto e daí a pouco, com o próprio caudilho de São Borja. À frente dos acontecimentos, o venerando Francisco Morato, autor de dois manifestos que merecem figurar numa antologia de civismo.

Poucos meses decorridos, explodiu a intentona sem sucesso de 28 de abril. Irmanados, militares comandados pelo General Isidoro Lopes, e civis, entre êles Morato e Julio de Mesquita Filho.

A vida em S. Paulo continua insuportável pelos vexames que o Ditador, obediente aos tenentes, lhe causa.

Brada-se por um govêrno civil e paulista e pela constituição. O Partido Democrático e o Partido Republicano

Paulista fraternizam-se. A' frente dos democratas, sempre Morato. Após vários sucessos, Vargas pensa encontrar no velho Embaixador Pedro de Toledo, há muito afastado de S. Paulo, o civil e paulista reclamado pelo povo. Capacitou-se de que o neto do conselheiro Joaquim Floriano de Toledo ficasse atrelado ao Catete. Enganou-se.

Pedro de Toledo, no govêrno de sua terra, não tardou em irmanar-se com os seus conterrâneos. Foi isso aos 23 de maio, quando atendendo ao apêlo das ruas alvoratadas demitiu o seu secretariado getulista e aceitou aquêlo outro, imposto pela Frente Unica, no qual pontificou o mestre saído destas Arcadas que se chamou Waldemar Ferreira.

Revolução Constitucionalista.

Quem contribuiu com tôdas as fôrças de sua alma para tal evento? Francisco Morato, entre outros. Sempre o grande paulista na linha de frente.

Afinal, explode a Revolução Constitucionalista. Quem, entre outros poucos, a tramou? Quem nela tomou parte decisiva, freqüentando as frentes de combate, animando os combatentes e, na retaguarda, sugerindo e acertando providências e *démarches*? Francisco Morato, entre outros. Quem esteve entre os que não tergiversaram, em tôrno do governador Pedro de Toledo e do general Isidoro Dias Lopes, o supremo chefe militar? Francisco Morato.

No cárcere e no exílio, após a derrota material, portou-se como um varão de Plutarco, conservando a verticalidade de todos os seus gestos. Após confessar tôda a sua cumplidãde na luta e no seu preparo pediu:

“Recaíssem sôbre sua pessoa, sômente sôbre a sua pessoa, tôda a responsabilidade pelo movimento”.

Verdade seja dita que só um ou outro dos responsáveis pelo movimento negaram a sua participação.

Restabelecido o regime constitucional pelo diploma de 1934, conspurcado daí a três anos, pela versatilidade incrível e criminosa de Vargas, reorganizou-se o Partido Democrático. Mas, nessa altura, entregue o govêrno de S. Paulo ao inolvidável Armando de Sales Oliveira, pensou-se em preparar o Estado para lances de maior vulto, substituindo-se essa agremiação acrescida de outros grupos políticos pelo Partido Constitucionalista. Urdido o projeto, entendeu-se como conveniente, talvez devido a certa intransigência do velho chefe, aposentá-lo de maneira honrosa e bela, elegendo-o presidente perpétuo do glorioso partido fundado em 1926. “Presidente perpétuo” de uma entidade que ia enrolar bandeira, no dia seguinte...

Por sinal que tocou a mim, ao então jovem Pinto Antunes, hoje ilustre professor desta Casa, e ao saudoso companheiro Elias Machado, irmos por parte da derradeira convenção partidária levar a deliberação ao mestre querido.

Recebeu-nos com a nobreza e elegância habituais, começando por nos dizer:

“Sensibiliza-me essa prova de alta consideração de meus correligionários, trazendo-me a notícia de uma *perpetuidade* que me vai durar como as rosas de Malherbe — “l’espace du matin”!

Arbitro.

A justa mágoa não impediu que daí a pouco aceitasse o mandato de árbitro do Estado na bissecular questão de limites com Minas Gerais. Por haver eu sido o emissário de São Paulo junto ao govêrno das Alterosas, a fim de pleitear a reabertura do litígio trancado pelo célebre Laudo Villeroy oficializado pela ditadura, encarregou-me Armando de Sales do convite a Morato. Para aceitá-lo, impôs logo a única condição: nem um ceutil de honorários. Lembrava-se êle talvez dos que perceberam gordas maquinas à margem

do litígio a arrastar-se pelo tempo. Do lado de Minas, o jurista Milton Campos. Conseguiram êsses dois preclaros brasileiros resolver, em definitivo e com aplausos gerais, uma contenda cheia de peripécias e quase eterna.

Coroamento.

Realizados setenta anos de fecunda existência, Morato é atingido pela aposentadoria compulsória. No regime da monarquia, conquistava o professor de curso superior, no caso, o título prestigioso de “conselheiro”, conselheiro de ensino. Daí, conselheiro Ramalho, conselheiro Pires da Mota, etc. Já os professôres Padua Fleury, Carlos de Carvalho e outros, o foram por haverem sido ministros de Estado. Ao professor Morato, de acôrdo com a nova legislação, coube o título de professor emérito. Essa honraria, verdadeiro coroamento, foi das que mais o comoveram na carreira de professor. É o que se vê de suas palavras na sua oração, ao receber a insígnia:

“A mais excelsa, a mais conspícua, a mais dignificante, a mais cobiçada das honras que facultam as leis da escola, é a do título de professor emérito, só de se deferir aos professôres catedráticos resignatários ou jubilados, cujos serviços do magistério hajam sido reputados de excepcional relevância”.

Disse com propriedade o orador dessa solenidade, o insigne jurista Vicente Ráo, que a entrega dêsse título não significava uma despedida, porque ainda se esperava muito do patriotismo de Morato.

Na verdade, conseguiu enfrentar com varonia os longos e tenebrosos anos do Estado Novo. Não se curvou jamais diante das perseguições e ameaças de tôda a sorte de seus beleguins. Chegou mesmo a figurar nos primeiros lugares das listas dos que padeceram enclausuramento nos xadrezes da Capital Federal. Respondeu por uma intentona que

só existia na imaginação de célebre interventor, o qual para mais servir a ditadura, chegou a confiscar o impávido órgão *O Estado de S. Paulo* e a derrubar de suas cátedras irês notáveis mestres desta gloriosa Casa, onde se cultivava o Direito e o Civismo.

Na constituinte de 1946, eu pessoalmente, como representante dêste Estado, encaminhei à Comissão de Constituição e Justiça vários ensinamentos da lavra de nosso mestre. E na Secretaria da Justiça, no govêrno de outro devotado à causa pública, José Carlos de Macedo Soares, ainda logrou prestar bons serviços.

O fim.

Não descansou jamais. Vivendo para os seus livros, não só de Direito, mas dos pensadores da filosofia e clássicos da literatura, vivendo cercado do carinho de sua nobre família, em especial de suas extremosas netinhas, na casa modesta da rua Vitorino Carmilo, ali ainda dedicou parte de seu tempo a estudos e pareceres.

Soube no têrmo de sua trabalhosa e longa existência praticar o ideal de um vero romano retirado da vida pública: *o otium cum dignitate*.

Ali morreu como um justo, abeirado dos 80 anos e na fé católica, que jamais o abandonou. O grande varão marcou indelêvelmente a sua passagem pela face da Terra.

O “11 de Agosto” no Centésimo Quadragésimo Aniversário.

O 140.º aniversário da fundação dos cursos jurídicos no Brasil foi solenemente comemorado pela Faculdade.

No dia 11 de agosto, data da fundação, às 9,00 horas foi celebrada missa por D. Agnelo Rossi, Cardeal Arcebispo de São Paulo. Às 10,00 horas, no Salão Nobre, realizou-se a sessão solene comemorativa da efeméride, presidida pelo professor Alfredo Buzaid, Diretor da Faculdade, com a presença do Reitor em exercício, da Universidade de São Paulo, professor Mário Guimarães Ferri, e de personalidades do mundo jurídico e social.

Declarou o professor Alfredo Buzaid, ao iniciar a sessão, que estavam também sendo homenageados na ocasião os drs. José Maria Withaker, João Sampaio, Aureliano Leite, Joaquim de Miranda Junior e Enéas Ferreira, bacharéis integrantes da anterior geração formada pela Faculdade, e os bacharéis da turma do primeiro centenário, que colou grau em 11 de agosto de 1967.

Em nome da Congregação falou o professor Miguel Reale, que saudou os bacharéis que comemoravam o 40.º aniversário de formatura, tendo também abordado a reforma do curso jurídico, debatida recentemente no I.º Seminário de Reforma do Ensino Jurídico, realizado no Rio de Janeiro.

Discursou em seguida o acadêmico Pedro de Oliveira Ribeiro Neto, presidente da Academia Paulista de Letras, lembrando as diversas fases da Faculdade e declamando trechos conhecidos de seus poetas mais célebres.

Discurso do Acadêmico Pedro de Oliveira Ribeiro Neto.

Quando, na noite de 11 de Agosto de 1927, entre as taipas e os retratos do soberbo Salão Nobre da nossa velha Faculdade de São Francisco, celebrava-se o centenário da instalação dos Cursos Jurídicos no Brasil, e de tudo quanto esta iniciativa representou para o país, na fixação da nossa independência pela cultura e pela certeza dos nossos direitos, e para São Paulo no papel que lhe coube na sementeira de todos os ideais políticos, sociais e intelectuais do Brasil, ali estava eu, aluno do terceiro ano da Faculdade, a escutar, mais com a alma e com o coração do que com a inteligência, os grandes oradores que se fizeram ouvir, entre os quais sobressaía a voz quente e matizada de Mestre Reinaldo Porchat; e arrazado pela emoção sentia eu, por êles, o pêso da responsabilidade que se lhes havia entregue, de aqui representarem as gerações passadas de cem anos de bacharéis criados no velho “ninho de águias”.

E aqui estou hoje, meus senhores, nesta mesma tribuna, com muito maior responsabilidade dada a fraqueza da minha voz e o curto alcance do meu vôo, a representar cento e quarenta anos de gerações acadêmicas, o que quer dizer, no caso da Faculdade de Direito de São Paulo, a representar a voz dos maiores juristas, dos maiores políticos, dos maiores literatos, jornalistas e oradores do Brasil, que entre as arcadas célebres aprenderam a dar seus primeiros passos. Responsabilidade tremenda essa, não fôra o prodígio parapsicológico dêste instante, que faz falarem pela minha bôca, de mistura com os nossos pausados cantares paulistanos, a voz silabada dos pampas, o tom cantado do nordeste, a prudente e tímida pronúncia mineira, a voz do sul, a voz do norte, a voz do centro do Brasil, que em São Paulo vieram tomar corpo para falar em nome de todos os direitos. Representando tôda essa tradição, são os vultos de Alvares de Azevedo, de Paulo Eiró, de Varela, de Castro Alves, de Rui, de Nabuco, de Rio Branco,

de José Bonifácio o Moço, de Lafaiete e de Crispiniano, são os vultos de cinco gerações de bacharéis de meu sangue formados nesta Escola — advogados, magistrados, Conselheiros do Império e Mestres de Direito de todos os numes tutelares que velam como estrêlas sôbre êstes muros, de todos os estudantes anônimos que aqui sonharam e viveram (e morreram), são essas vozes que neste instante se fundem, contidas sob a surdina do meu fôlego, para cantar com as almas dos bacharéis vivos e mortos, nesta data festiva, com o mesmo amor e o mesmo entusiasmo da mocidade eterna, o Hino de Glória da Faculdade de Direito de São Paulo. Escutai! Entre estas paredes, filtrada pela sensibilidade de um poeta menor, a oração vibra em uníssonos:

Minha velha escola, como estás mudada!
Velha Faculdade outrora levantada
pelas mãos dos padres, pelas mãos dos índios,
na manhã dourada de Piratininga.
Quantas horas longas, quantas horas lentas
sôbre ti passaram, mausas, sonolentas,
pelos claustros onde claros franciscanos
iam desfiando contas e orações.
Velho casarão! Quantos corações,
entre as taipas tôscas e os beirais tranqüilos,
viste que murcharam como murcham lírios,
viste que morreram nos buréis sombrios,
entre revoadas de pombinhas brancas,
pelos claustros brancos, pelos claustros frios.

Depois, numa tarde linda de noivado,
sinos que batiam, sinos pelos ares.
E a alegria chegou para viver contigo,
como se em alforge rôto de mendigo
uma cornucópia de ouro se entornasse.
A alegria infrene dos teus estudantes

transbordou nas ruas da aldeiola morta.
Correu tua fama, foi, de porta em porta
do Brasil, chamando os moços que sonhavam
sonhos de amor, de glória e liberdade.
Dos arcos curvados das tuas Arcadas,
o amor mandava flechas encantadas
com filtros de fogo e cantos de poesia,
enchendô de volúpia, em transe de paixão,
o coração das lânguidas donzelas,
junto às rótulas das tímidas janelas
bordando sedas ou tecendo rendas,
ou indo rezar, tementes do demônio,
nas novenas do Carmo e Santo Antônio.

Junto à capa negra, plange um violão.
Passa o romantismo da terra paulista
sob a garôa fria ou ao luar de prata:
o estudante, e sua noiva, a serenata.
Alguém, que já não vive neste mundo,
é Byron, os acompanha passo a passo.
É êle que sussurra na alma de Azevedo
e atróz compreensão a torturar de medo,
a dúvida que mata a lúcida manhã:
“Se eu morresse amanhã, viria ao menos
fechar meus olhos minha triste irmã” .
Êle é que distila na alma de Varela
a lágrima sentida ao ver o filho morto
e guia a mão ao trêmulo poeta:
“Tu, que eras na vida a pomba predileta” .
Fantasma que os seguiste em passos de mistério,
que morte que lhes deste e que imortalidade!

Quando a escravidão, nos corpos côm da noite,
punha estrêlas de sangue na vergonha do açoite,
foi a tua caridade, São Francisco!
que aos moços do Mosteiro ensinou êste grito:
“Deus, oh Deus, onde estás que não respondes?

Em que mundo, em que estrêla Tu te escondes
embuçado nos Céus?”

E a voz de Castro Alves, rolando no infinito,
conseguiu arrancar dos troncos de granito
a raça carinhosa que embalou meu bêrço.

E esta voz ainda vibra a rolar pelo espaço:

“Senhor Deus dos desgraçados,
dizei-me Vós, Senhor Deus,
se é loucura, se é verdade
tanto horror perante os Céus?”

Minha Faculdade, altivo ninho de águias,
fonte esclarecida de ideal clarão,
já vinte anos antes mesmo da República
mandaste teus filhos conduzindo o archote,
lúcidos pregoeiros da renovação.

E quando o Brasil, trêmulo e humilhado,
sem lei e sem rumo, ia escravizado
engulindo as lágrimas duma longa noite
sem o breviário da Constituição,
foi tua coragem, minha velha Escola,
que fêz das Arcadas muros de defeza,
que tornou as taipas em fortins de guerra,
e pôs no teu páteo o fanal da luta
do ânimo paulista que mostrava a senda
duma liberdade sem ser usurpada:
E teus dois patronos foram teu exemplo,
pois foi São Francisco que te deu a fibra,
e depois São Paulo que te deu a espada!

Hoje que estás rica, de pedra vestida,
tôda rendilhada qual noiva garrida
do São Paulo nôvo dos arranha-céus;
hoje que não vives sob os longos véus
de névoa e de garôa do São Paulo antigo
de ruas estreitas e falar pausado,
eu confio e espero em tua mocidade,

que é a mesma sempre, minha Faculdade,
pois Rui e Nabuco e Rio Branco e mil outros
que deram à Pátria seu nome grandioso
enchendo de luzes páginas da História,
vão mostrando aos moços, por felicidade,
que o teu nome sempre, Minha Faculdade,
é a melhor das rimas para Liberdade,
e a melhor das chamadas para o altar da Glória!

OLIVEIRA RIBEIRO NETO

IN MEMORIAM.

José Barbosa de Almeida, Advogado e
Professor de Direito.

A Congregação de Professôres desta Faculdade reuniu-se em sessão solene, no salão nobre, aos 4 de junho do corrente ano, prestando homenagem póstuma ao Prof. Dr. José Barbosa de Almeida, no trigésimo dia de seu falecimento.

Em nome dos Professôres, o Dr. Oscar Barreto Filho relembrando a personalidade do ilustre mestre, exaltou-lhe as qualidades de caráter, suas atividades culturais e docentes, em discurso publicado a seguir.

“Manda a tradição que, no trigésimo dia do passamento de um professor, se reúna o corpo acadêmico, na atmosfera ainda impregnada de mágoa pela perda sofrida, para prestar o preito derradeiro de afeto e de saudade ao mestre desaparecido.

Nesta piedosa evocação da vida e da obra de José Barbosa de Almeida, torna-se difícil condensar em breves palavras a personalidade, tão rica de conteúdo e de calor, do professor de Direito, do advogado e principalmente do homem. Mas é recorrendo justamente à compreensão humana, que sempre caracterizou o saudoso homenageado, que peço venia para recordar os traços marcantes da pessoa do Professor José Barbosa de Almeida, dentro de minhas limitações, escudado que estou tão somente na justificativa da amizade com que me honrou.

Durante dezenove anos desfrutei o convívio amável de José Barbosa de Almeida, desde quando fui por êle pro-

posto para membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, então sob a presidência do Professor Paulo Barbosa de Campos Filho. Nas reuniões do Instituto, nos Congressos jurídicos de que participamos, nos intervalos das aulas da Faculdade, nos fugazes contactos propiciados pela febricitante vida paulistana, tive ensejo de conhecer alguns aspectos de sua personalidade.

Foi, contudo, últimamente, que surgiu para mim a oportunidade de melhor avaliar, de modo abrangente, as múltiplas facetas que conferiam brilho e riqueza ímpares ao seu caráter adamantino.

10 de fevereiro de 1968. Decola do Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, o avião que conduziria para New York a missão de dez professores da Faculdade de Direito de São Paulo que, a convite do Govêrno norteamericano, deveriam observar nas Universidades da grande nação os métodos, processos e técnicas utilizados no ensino do Direito, e verificar a possibilidade de aproveitar parte da experiência americana na renovação de nossos cursos jurídicos.

Já na viagem de ida, revelou o Professor José Barbosa de Almeida aos seus colegas o grande esforço que vinha há anos dispendendo, para intensificar o diminuto intercâmbio cultural entre o Brasil e os Estados Unidos, no campo da educação jurídica, em vivo contraste com o que ocorre em outros setôres da ciência e das artes. Esse profundo interêsse pelos problemas da metodologia do ensino jurídico descobria apenas um dos ângulos da preocupação constante do Professor José Barbosa de Almeida, pelos problemas sociais que afligem a humanidade perturbada de nossos dias. Esse interêsse e essa preocupação indicaram de logo a afinidade entre o seu espírito e o meu, e serviram para consolidar durante a viagem a amizade, tão bruscamente interrompida pela evidência inarredável da morte.

A Vida.

13 de abril de 1907. Nasce na cidade de São Paulo o menino José, primogênito do casal do Doutor Joaquim Barbosa de Almeida e Dona Amelia Fagundes Barbosa de Almeida.

Desde o início de sua vida, ainda no lar paterno, recebeu o menino e depois o adolescente José a influência decisiva que haveria de orientá-lo para as letras jurídicas, pois seu Pai, depois de brilhante carreira no Ministério Público e na magistratura de primeira instância, ascendeu à culminância da desembargadoria no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não lhe faltou, também, no aconchêgo do carinho materno, o ambiente propício ao aprimoramento das qualidades inatas de bondade, desprendimento e fina sensibilidade que marcaram indelêvelmente o seu caráter.

Outro fator que não pode ser olvidado na formação da personalidade de José Barbosa de Almeida é o do meio em que passou a sua infância, nas pitorescas cidades de São Pedro de Piracicaba e, principalmente, Santo Antonio da Cachoeira, hoje Piracaia, encastoadada nas faldas da serra da Mantiqueira, onde seu Pai foi promotor público e depois juiz de direito.

Aquêl meio simples e ingênuo de Piracaia, em que se desenrolaram os descuidosos folguedos da meninice e da adolescência, também contribuiu para desenvolver no jovem a espontaneidade, o senso de solidariedade, a consciência social que foram apanágios de seu feitio moral. Nas preces formuladas com o falar característico dos caboclos, nas procissões da Semana Santa, nas ladainhas do mês de Maria, nas álacres e ruidosas festas juninas, nas congadas de Natal, que impregnavam de misticismo a pacata cidadezinha, encontrou o pequeno José as bases sólidas da formação religiosa e do apêgo às sadias tradi-

ções da velha grei paulista, que o acompanhariam vida afora.

O menino buliçoso de Piracaia continuou no homem maduro, tão certo é, no verso do poeta do *Paraiso Reconquistado*, que

“The childhood shows the man,
As morning shows the day”
(JOHN MILTON, *Paradise Regained*)

Terminados os estudos preparatórios, efetuados nos Colégios São Bento e Arquidiocesano, em 1924, com apenas 16 anos, definiu José Barbosa de Almeida a sua vocação jurídica, ingressando na Academia de Direito do Largo de São Francisco.

Quê coisas devem ser lembradas, nessa quadra amarrável da vida, quando tudo são esperanças e ilusões? Não é preciso fazê-lo, pois todos nós, acadêmicos de ontem e de sempre, nos recordamos com saudade desse período em que iniciamos o diálogo fremente com a vida. Para o Barbosinha, como o chamavam afetuosamente os colegas, estudante pobre e esforçado, como para Fagundes Varela, a vida poderia ter os momentos de aspereza,

“Mas tinha o nome inscrito entre os alunos
Da escola de São Paulo — e é o quanto basta”

Nessa idade, em que o intelecto sobrepõe-se ao todo psíquico, ainda assim observa-se no moço José a consciência social, nota afetivo-volitiva dominante na sua individualidade. E o Barbosinha, não obstante a necessidade de arranjar meios de aumentar a mesada insuficiente, aceita a designação para comissário de menores, feita pelo íncrito Dr. Firmino Whitaker, então juiz de menores da Capital, exercendo a função sem nenhuma remuneração.

Ainda estudante, foi o moço Barbosa, por algum tempo, reporter das *Folhas*, o que lhe ensejou maior contacto com

as realidades e misérias da vida quotidiana numa grande cidade como São Paulo.

No tempo de estudante, morou José Barbosa de Almeida com seu tio Padre Péricles Gomes Barbosa, o lembrado Padre Péricles, em cujo exemplo encontrou mais elementos para fortalecer a sua natural inclinação para a caridade e a solidariedade cristãs. Imbuído de grande fôrça de vontade, encontrava ainda nessa época o Barbozinha vagar para, depois de cumprir seus deveres, auxiliar os colegas no desempenho das tarefas escolares, como testemunhou há poucos dias o Dr. Francisco Assunção Ladeira.

A convivência com o Padre Péricles avivou e fortificou no moço José a convicção católica. Dotado de profundo sentimento de religiosidade, ingressou depois na Irmandade da Ordem Terceira do Carmo, cumprindo com acendrado fervor suas obrigações e encargos.

Para êle, a prática da religião correspondia à satisfação de um anseio íntimo, sem a preocupação de exteriorizá-lo ou de fazer proselitismo. Estava sempre pronto a atender ao apêlo da caridade, prestando serviços gratuitos sempre que solicitados por entidades filantrópicas, como fez durante largos anos com a Liga das Senhoras Católicas. A intensidade de sua convicção religiosa é denotada pela circunstância de que baixou à campa envolto no hábito da Irmandade que em vida tanto amou.

A solenidade da colação de grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais da turma de 1928, a que pertencia José Barbosa de Almeida, deu-se no dia 24 de dezembro, véspera de Natal.

Na tarde dêsse dia engalanou-se o salão nobre do velho casarão de taipa da Academia, para a sessão solene de formatura, presidida pelo Vice-Diretor, Doutor José de Alcantara Machado d'Oliveira no impedimento do Diretor, o Doutor Antonio Januario Pinto Ferraz, na presença dos

professôres João Braz de Oliveira Arruda, Rafael Corrêa de Sampaio, Teófilo Benedito de Souza Carvalho, José Joaquim Cardoso de Mello Neto, Braz de Souza Arruda, Vicente Ráo e Waldemar Martins Ferreira, livre-docente Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho e secretário Julio Joaquim Gonçalves Maia.

Foi orador da turma o bacharelado Renato Soares de Toledo e paraninfo o Professor Cardoso de Melo Neto, que proferiu a alocução, alusiva ao ato. Faziam parte da turma, dentre outros, os bacharelados Alberto de Siqueira Reis, José Pinto Antunes, Laurindo Dias Minhoto Junior, Manoel Thomaz Carvalhal, Alberto Byington Junior, José Ignacio Benevides de Rezende, Lauro Celidonio Gomes dos Reis, Paschoal Imperatriz, Paulo Teixeira de Camargo, Raphael Ribeiro da Silva, Linneu Prestes, Caio Prado Junior, Joaquim de Sylos Cintra, José Antonio Arantes Monteiro, Cid de Almeida Franco, além de Antonio Ferreira Cesarino Junior e Basileu Garcia, que colaram grau no ano seguinte, por terem sido obrigados a interromper os estudos. Como se vê, foi uma turma luzida, embora pequena, composta de nomes que se destacaram por variadas formas no cenário jurídico brasileiro.

Formado em Direito, cursou ainda José Barbosa de Almeida a Faculdade de Filosofia e Letras do Mosteiro de São Bento, então agregada à Universidade de Louvain (Bélgica).

Armado cavaleiro do Direito, com 21 anos de idade, desde logo iniciou-se Barbosa de Almeida na advocacia militante, em Piracaia, de que foi Prefeito Municipal no biênio 1929/30. Na sua gestão, promoveu o calçamento da cidade e realizou vários melhoramentos públicos. Voltando para São Paulo, estagiou na Procuradoria Geral do Estado, servindo junto aos procuradores gerais Desembargadores Costa Manso e Manoel Carlos, abrindo escritório de advocacia, juntamente com o Dr. Decio Toledo Leite.

Em 6 de setembro de 1930, contraíu matrimônio com D. Maria José Leopoldo e Silva Barbosa de Almeida, des-

cedente de velho tronco paulista, sobrinha do Arcebispo Dom Duarte Leopoldo e Silva. No seu lar ditoso, encontrou o Professor Barbosa de Almeida motivos de inspiração e de ânimo para a luta quotidiana, de início na pessoa de sua querida Maria José, companheira extremosa de todos os momentos, e depois nos seis filhos e onze netos que abençoaram o feliz enlace.

A sua dedicação à família sempre se patenteou de modo irretorquível, inclusive em relação aos irmãos, a que assistiu e orientou. Quem nos falou disso, no próprio dia do entérro, com a voz embargada por irreprimível emoção, foi o Dr. Sebastião Barbosa de Almeida, que se referiu ao irmão mais velho como personificando um verdadeiro segundo Pai.

Desambicioso de bens materiais, esforçava-se no entanto o Professor Barbosa de Almeida por assegurar o bem estar da família, e uma de suas aspirações maiores era a de enviar os filhos completar os estudos no estrangeiro, de modo a ampliar-lhes os horizontes e a visão global da vida.

Falando de José Barbosa de Almeida numa escola de moços, não posso deixar de referir-me à compreensão que manifestava para com os homens em geral, e especialmente para com a juventude. Aceitava êle as pessoas como são, sem delas exigir só qualidades, pois os defeitos dos homens fazem parte de sua humana condição.

Procurando sondar as causas da inquietação dos jovens, José Barbosa de Almeida valorizava seus propósitos e suas ações, com carinho motivado por uma complacência paternal. Podiam os jovens, certamente, contar com sua compreensão e bôa vontade.

Eu mesmo, como os demais companheiros da recente viagem, posso testemunhar os cuidados demonstrados por José Barbosa pelos seus familiares. Era o maior amigo do filho Marcelo, seu companheiro constante de passeios, viagens e estudos; compartilhava seus anseios e o ajudava

a vencer a quadra difícil em que o adolescente se faz homem.

A Obra.

Frutuosa foi a vida de José Barbosa de Almeida, na advocacia e no magistério do Direito.

No exercício da profissão, que dignificou por quasi quarenta anos, procurou servir ao bem comum, com o mais alto espirito de solidariedade humana. Não titubeou, muitas vêzes com prejuízo de interêsses materiais, em dedicar-se à defesa de causas dos desprotegidos da fortuna.

Não se esqueceu José Barbosa de Almeida de que o nome de *advogado* se refere a um pedido de ajuda: *ad-vocatus*; porisso a tarefa do advogado, antes de ser técnica, se desenvolve principalmente no campo moral.

Na conclusão do livro sôbre *A Criação do Direito*, lembra o Professor Goffredo Telles Junior que Petrazycki, numa de suas primeiras obras, demonstrou que o direito autêntico é uma expressão de amor. E conclui: O certo é que o direito, como o amor, tem a sua fonte originária no coração dos homens.

Êsse conceito se aplica, à maravilha, à vida de José Barbosa de Almeida, que foi um grande advogado porque, para êle, o direito estava no mais profundo do coração.

A consciência social de José Barbosa de Almeida manifestou-se pela desinteressada colaboração que durante muitos anos prestou ao Instituto de Direito Social (de que foi fundador, sócio titular e conselheiro) e ao Instituto Cultural do Trabalho (de que foi Presidente, desde a fundação em 1963).

A sua sensibilidade de católico praticante sempre o predispôs a uma palavra amiga aos necessitados, levando-lhes o remédio jurídico, econômico e educacional de que tanto precisam.

Sua ação benfazeja no campo social desenvolveu-se notadamente no Instituto Cultural do Trabalho, entidade cujo objetivo é a formação cultural e técnica dos trabalhadores, em moldes democráticos e mediante cursos permanentes ou intensivos, seminários e conferências, em todo o território nacional, inclusive para o exercício da liderança visando a harmonia entre o capital e o trabalho, o desenvolvimento da economia nacional e melhores condições sociais.

À concretização desta iniciativa, como a todos os apêlos que lhe fôssem dirigidos para o trabalho no campo social, nunca soube negar sua ajuda e cooperação.

Convencido da relevante missão social que cabe ao jurista desempenhar no mundo contemporâneo, o advogado José Barbosa de Almeida seguiu à risca os preceitos éticos tão bem sintetizados pelo Professor Miguel Reale, em trabalho apresentado à 2.^a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, reunida em São Paulo de 4 a 11 de agosto de 1960:

“O advogado deve preservar, contra tudo e contra todos, o cunho liberal e humanista de sua profissão; liberal, porque fundada na liberdade de convicção científica; humanística, porque tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e a livre afirmação das infinitas tendências e inclinações do homem.

O advogado deve, acima de tudo, capacitar-se de que a sua profissão não se exaure no círculo restrito de interesses pessoais, mas constitui um elemento substancial da comunidade concreta dos homens que trabalham e realizam os valores sociais.”

Na defesa dos valores sociais e espirituais do cristianismo, da liberdade e do humanismo, ligou o Professor

José Barbosa de Almeida o seu nome, de modo imperecível, à história dos órgãos de classe dos advogados.

Foi membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (Secção de São Paulo) e do Tribunal de Ética Profissional de São Paulo.

Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, desde 1936, foi 1.º Secretário na gestão Paulo Barbosa de Campos Filho, em 1947, e 1.º Vice-Presidente no último mandato Alcides da Costa Vidigal, em 1951. A seguir, foi 21.º Presidente substituto, em 1952, e 22.º Presidente eleito para o biênio 1953/1955, e reeleito sucessivamente com mandato até 1966. Presidente nato, em virtude do novo Estatuto aprovado em 1964, ao fim da gestão recebeu a medalha “Ao mérito”.

De sua atuação na Casa de Francisco Morato, quem dá contas é o infatigável cronista da gente do Fôro, o Dr. João Gualberto de Oliveira; ei-las:

“A partir de 1.º de abril de 1952 — há portanto mais de catorze anos consecutivos — o sodalício teve como figura de proa o vulto exponencial de José Barbosa de Almeida, que, com seu fino tacto e superior critério, tão bem soube acomodar as diversas correntes de pensamento que cruzam o céu no microcosmo jurídico paulista. Em virtude do elegante “savoir faire” de seu operoso Presidente, o Instituto dos Advogados de São Paulo, que poderia ser talvez arena onde se chocassem em renhidos prélios os gládios das opiniões colidentes, é casa de paz, ordem e trabalho profícuo, um dos mais seguros redutos de camaradagem, de satisfação e bem-estar para os profissionais a êle filiados.”

Essas qualidades de ponderação e de equilíbrio, José Barbosa de Almeida também as demonstrou na sua rápida passagem pela magistratura, como juiz federal suplente da Secção de São Paulo, havendo exercido a judicatura plena nos anos de 1936 e 1937; e como juiz efetivo, da classe dos juristas, do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Enquanto juiz, sempre manteve uma atitude de compreensão e de apreço pela nobre função do advogado.

O tirocínio da advocacia, o saber da experiência feito, com o passar dos anos conduziu naturalmente José Barbosa de Almeida à concretização da aspiração máxima do jurista: — o magistério do Direito!

Com a fundação da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, em 1956, é contratado para exercer a função de Professor de Direito Comercial e posteriormente de Ciência das Finanças.

Mas o ideal supremo de José Barbosa de Almeida — o retôrno à *alma mater* na qualidade de professor — é atingido em 1964, quando presta concurso e, aprovado, recebe o grau de doutor em Direito e é nomeado Livre-Docente de Ciência das Finanças da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Para inscrição no concurso, apresentou a tese *Orçamento e Política Fiscal*, tendo sido argüido pela Comissão Examinadora integrada pelos Professôres Ernesto Leme, Antonio Ferreira Cesarino Junior, Teotônio Monteiro de Barros Filho, José Pinto Antunes e Sílvio Rodrigues.

No seu trabalho, parte o Professor José Barbosa de Almeida da premissa de que: — “o objetivo da Política Fiscal é concorrer para a realização dos fins supremos do Estado — o bem comum e a justiça social. Mas — advirta-se — realizá-los segundo a concepção de Estado que afirme o primado do Homem e lhe assegure os direitos e as liberdades essenciais conquistadas a duras penas no correr dos séculos.”

“Entretanto, nem sempre os clássicos e tradicionais instrumentos de Política Fiscal são hábeis para o preenchimento daqueles fins. Por outro lado, os novos instrumentos, as modernas técnicas, não atendem exigências que o regime democrático impõe aos gestores dos dinheiros públicos no tocante à fiscalização e à responsabilidade pelo seu emprêgo.”

“A experiência brasileira denota, ademais disso, uma tremenda concentração de poderes e de dinheiro nas mãos da União Federal, ameaçando destruir o federalismo e coartando a iniciativa privada.”

“Êstes fatos nos levam a concluir que *é necessária e urgente a reformulação do processo de fiscalização e tomada de contas, de modo a propiciar a flexibilidade e rapidez que são condições de êxito para a Política Fiscal.*”

Como Livre-Docente, o Professor Barbosa de Almeida teve ensejo de reger cursos de Direito Comercial e de Direito Civil, e no ano passado foi nomeado Professor Catedrático substituto de Ciência das Finanças.

No magistério, apresentava os requisitos do bom professor: — gostava da matéria e dos alunos; conhecia e compreendia os estudantes, aos quais tratava com bondade.

Últimamente, vinha trabalhando com afinco, nos vagares de suas múltiplas ocupações, a fim de renovar e atualizar os seus conhecimentos de Finanças Públicas, especialidade a que se dedicara. Nas bibliotecas das Universidades e nas livrarias, nas resenhas e nos catálogos, procurava informar-se de tôdas as novidades da matéria, com o maior cuidado e atenção.

Além da tese de concurso, deixou publicados os seguintes estudos: — *Disciplina do Capital Estrangeiro e da Remessa de Lucros na Legislação Brasileira* (para o volume “in memoriam” de TULIO ASCARELLI), *Cláusula “rebus sic stantibus” e Imprevisão, Contratos Diferenciais e Vendas a Termo, Reclamação reivindicatória em Concordata Preventiva.*

As atividades culturais e docentes do Professor José Barbosa de Almeida não se limitaram ao âmbito pátrio, pois participou ativamente de vários órgãos e entidades internacionais e de numerosos certames realizados no estrangeiro.

Assim é que foi Presidente efetivo da Federação Interamericana de Advogados (Inter-American Bar Association) no período 1953/1954. Nessa qualidade, presidiu a VIII Conferência Interamericana de Advogados reunida em São Paulo, em 1954, como parte integrante das festividades comemorativas do IV Centenário de fundação da cidade.

Na sessão solene de instalação, havida no dia 15 de março de 1954 neste mesmo salão nobre, o Dr. José Barbosa de Almeida proferiu o discurso inaugural, evocando a passagem de uma das epístolas, na qual o Apóstolo São Paulo nos adverte que devemos viver segundo a lei. A advertência, conquanto se refira mais diretamente à lei espiritual e à lei moral, alcança também a lei jurídica. E prosseguiu dizendo:

“Aspiramos a um ordenamento jurídico que corresponda exatamente à consciência social, que satisfaça plenamente os interesses espirituais e materiais, tanto dos indivíduos como da sociedade”.

“É bem verdade que o homem que domina a Natureza e condiciona suas forças ainda não encontrou o caminho para vencer-se a si mesmo. Talvez por isso nem a lei divina, nem o direito positivo, lograram fazer melhores os homens.”

“Todavia, está ao nosso alcance orientar a legislação num determinado sentido. Por certo as conclusões que se estabelecerem nesta Conferência hão de reforçar o estatuto jurídico que levará os indivíduos e as Nações aos seus verdadeiros e legítimos fins, servindo-lhes de apoio exterior, de refúgio, de proteção eficiente; estatuto cuja função não seja a de dominar, mas a de servir, a de desenvolver e fortificar a vitalidade social, provendo as necessidades da vida com as suas exigências cambiantes, dirigindo-as para o aperfeiçoamento de tôdas as energias em função do bem comum e da paz universal.”

“É prerrogativa e missão do Estado regular, vigiar e auxiliar as atividades particulares e individuais, fazendo-as

convergir harmoniosamente para o bem comum, isento de concepções arbitrárias e marcado pelo primado do espírito sôbre a matéria.”

Essa verdadeira carta de princípios contém a sùmula dos ideais por que em vida batalhou e lutou José Barbosa de Almeida.

Não param aí as atividades e trabalhos do Professor Barbosa de Almeida, cujo ânimo infatigável não se atemorizava com a quantidade e a extensão dos encargos.

No país, vêmo-lo desempenhar as funções de membro da Comissão Executiva do IV Centenário da cidade de São Paulo. Conselheiro do Instituto de Cultura Hispânica de São Paulo. Membro do Conselho Jurídico da Associação Comercial de São Paulo. Membro do Conselho Técnico de Economia, Sociologia e Política da Federação do Comércio do Estado de São Paulo. Conselheiro da Associação dos Advogados de São Paulo. Membro do Conselho Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca “Tullio Ascarelli”.

No exterior, exerceu as funções de membro do “Board of Trustees” do Instituto Americano para o Desenvolvimento do Sindicalismo Livre”, com séde em Washington. Foi membro das seguintes entidades: “Société de Legislation Comparée”, de Paris; “Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française”, de Paris; “Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale”, de Bruxelas.

Pertenceu, em diferentes épocas, a diversas comissões para reforma da legislação, especialmente no tocante a processo e organização judiciária. Participou de numerosos congressos e conferências jurídicas, no país e no estrangeiro. Deu curso sôbre *Títulos de Crédito no Direito Comparado Interamericano*, no Seminário Interamericano para jovens advogados, realizado sob os auspícios da Federação Interamericana de Advogados em Curitiba, em julho de 1961. Tratou do tema: — *Negociações Tarifárias: pro-*

cedimentos para concessões aduaneiras — Relação dos países da Associação Latino Americana de Livre Comércio (ALALC) com The General Agreement in Tariffs and Trade (GATT)”, no Seminário sôbre Aspectos jurídicos da ALALC, realizado em Montevideo, Uruguai, em novembro de 1963, sob os auspícios do Banco Interamericano de Desenvolvimento e da Federação Interamericana de Advogados.

Tal foi a mole de trabalhos feitos por José Barbosa de Almeida, que sômente uma grande fôrça de vontade aliada a uma extraordinária pertinácia, ocultas sob semblante tão sereno, podem explicar sua realização.

O ideal cuja concretização por último preocupou o espirito do Professor José Barbosa de Almeida foi o da renovação do ensino jurídico em nosso país, visando à melhor integração do estudante na Universidade e da própria escola na sociedade.

É bem conhecido o esforço desenvolvido pelo saudoso mestre, em colaboração com uma valorosa equipe de professôres desta Casa, para a instalação de um Instituto de Ciências Políticas e de outro Instituto de Direito Econômico e Financeiro.

Nessa ordem de idéias, propugnou também o Professor Barbosa de Almeida pela adoção de novos métodos de educação jurídica, cooperando eficazmente nos entendimentos para a ida, aos Estados Unidos da América, da missão de professôres a que de início me referi.

Senhores:

Tão intensamente viveu José Barbosa de Almeida sua vida afanosa na busca do ideal, que certamente não teve tempo para meditar sôbre si mesmo.

Nós, porém, seus familiares e amigos, evocando a suave lembrança das coisas passadas, temos bem presente o conhecido pensamento de ALFRED DE VIGNY:

“Uma grande vida é um ideal da juventude realizado na idade madura”.

E verificamos que o moço de ontem sempre teve a impulsioná-lo para a frente a sua fé na dignidade da pessoa humana, a sua fé na liberdade impercível, a sua fé no livre comércio de homens e idéias, a sua fé inquebrantável em Deus onipotente.

E reconhecemos, comovidos, que foi uma grande vida a de José Barbosa de Almeida, porque o homem maduro realizou plenamente os ideais fagueiros da juventude.

4 de maio de 1968, dia de Santa Mônica, mãe de Santo Agostinho, doutor da Igreja.

Aprestava-se mais uma vez o Professor José Barbosa de Almeida para tomar o avião das 21 horas, que o levaria aos Estados Unidos da América, no cumprimento de várias missões de natureza educativa e cultural.

Deus, porém, nos seus altos desígnios, quis premiar aquêle espírito animoso e forte, libertando-o das canseiras e atribulações da vida material.

E nesse dia, às 19 horas, José Barbosa de Almeida alçou célere o vôo derradeiro para a eternidade”

Discurso de Agradecimento.

Após as palavras do Dr. Oscar Barreto Filho, falou, agradecendo em nome da família, o Dr. José Duarte Barbosa de Almeida.

“Coube-me a honra, como filho mais velho, de formular, em nome da família de José Barbosa de Almeida, à egrégia congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, os mais sinceros agradecimentos pela homenagem que lhe é tributada ao completar-se um mês de seu falecimento.

Após a realização da Santa Missa, em que todos nós elevamos a Deus Nosso Senhor as mais fervorosas preces

pela sua alma, quis também a Congregação da Faculdade, nesta sessão solene, dar mais uma demonstração do quanto de estima tributou a José Barbosa de Almeida.

Depois de ouvirmos as palavras pronunciadas pelo douto Professor Oscar Barreto Filho desejamos expressar, com o nosso sentimento de gratidão, quão significativa é para todos nós esta tocante homenagem.

Bem sabemos não ser comum reunir-se a Congregação desta Faculdade em sessões solenes, senão para acontecimentos da mais alta relevância. Tendo portanto se decidido realizar esta sessão de caráter solene, só podemos interpretá-la como a manifestação do mais elevado apreço à sua memória.

Este acontecimento tem para nós um significado relevante, embora as condições em que se realiza nos faça rememorar aquêlê infausto dia em que perdemos o nosso pai e melhor amigo.

É a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo que interrompe suas aulas para homenagear um de seus professôres. É a velha academia do Largo de São Francisco, cujas tradições êle tanto venerou, que abre suas portas para receber os familiares e amigos do seu antigo aluno e professor.

Essa mesma Academia que foi sempre, em todos os tempos, a escola de civismo, que deu ao Brasil eminentes homens públicos, notáveis diplomatas, renomados juristas e brilhantes advogados, foi essa mesma Academia que acolheu no verdor dos 16 anos um jovem que se tornou um autêntico advogado, realizando as suas mais elevadas aspirações.

Guiado pelos exemplos de seu pai e pelos conselhos de sua mãe, êle se dedicou de corpo e alma ao estudo do direito, fazendo dest'arte o curso que o preparou para os próximos embates das lutas forenses. Seus mestres também muito contribuíram para que seu entusiasmo e dedicação ao estudo do direito não se limitasse ao período em

que cursou esta Faculdade, pois jamais dela se desligou pelos afetivos laços de filial respeito e admiração.

Dedicando-se à advocacia com autêntica vocação sacerdotal, inspirado e animado por sua espôsa, e mercê da generosidade de seus colegas e amigos, pôde ocupar em sucessivas oportunidades lugares de destaque em entidades de natureza profissional, cooperando com o seu trabalho, sempre colocado em defesa dos lidimos e legítimos interesses da classe, nos seus organismos mais representativos como o Consêlho da Ordem dos Advogados do Brasil, o Tribunal de Ética, a Associação dos Advogados de São Paulo, o Instituto de Direito Social, o Instituto dos Advogados de São Paulo, a Associação Interamericana de Advogados e a Federação Interamericana de Advogados.

Contudo para êle não bastou sentir-se realizado profissionalmente. Nunca lhe faltou uma vasta clientela com a qual pôde, embora sem a preocupação de auferir rendimentos vultosos, dar aos seus os meios necessários à subsistência da família e educação dos filhos.

Apaixonado cultor do Direito, acostumado ao trabalho e ao estudo até altas horas da madrugada, atingiu a uma das suas mais elevadas aspirações através do ingresso no Magistério nesta tradicional e querida Academia e na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

É de justiça, portanto, que aqui se proclame o elevado aprêço com que êle sempre se referia a esta Faculdade, aos seus ilustres e cultos professôres, os quais com o calor da amizade e com os constantes ensinamentos lhe permitiram o convívio dos mais felizes e agradáveis de sua vida.

De tal sorte esta felicidade se evidenciou, que em suas manifestações junto a nós jamais escondia o seu orgulho em pertencer ao corpo docente da sua velha Academia — se é que tal pode-se atribuir a quem primou pela modéstia em todos os atos e momentos de sua vida.

É de justiça também, que testemunhemos de público a sua conduta de filho exemplar, irmão dedicado, espôso virtuoso e pai amantíssimo, cujos exemplos continuarão a

servir de roteiro às nossas existências e à nossa conduta. Tais exemplos não se cingiram a êste ou aquêles setôr, porquanto se dedicado foi ao trabalho desde a juventude, se até o último instante de sua vida ainda cuidava das coisas vinculadas às suas atividades profissionais, é mister que ponha em destaque seus exemplos de um autêntico espôso, pai e chefe de família.

Não nos parece descabido neste momento em que se evoca a memória daquele que soube cultivar virtudes, dizer que êle jamais se apegou às paixões mundanas, nem fêz do amor próprio algo que pudesse afastá-lo dos ensinamentos do Evangelho e da sua fé na existência de Deus. Dest'arte formou-se um caráter vigoroso, onde a humildade tornou-se um atributo marcante, a caridade jamais foi esquecida porque através do cultivo dessas mesmas virtudes é que êle pôde estar sempre mais perto de Deus. Renunciando o melhor para si, em proveito de outrem, deu provas eloqüentes de desapêgo às coisas materiais, fazendo, muitas e muitas vêzes, sacrifícios acima de suas próprias fôrças para o bem estar daqueles que o cercavam.

A simplicidade era para êle uma forma de bem viver, bastando a companhia dos seus parentes e amigos para que a felicidade lhe fôsse completa.

Se alguma vez foi ferido injusta e desmerecidamente, embora magoado e com o coração contristado, soube perdoar cristãmente porque as lições do Evangelho sempre nortearam sua vida. Entendia que o perdoar engrandece, dignifica e até mesmo enaltece a quem perdoa.

Alguém disse que o homem deve cumprir o esforço de criar-se a si mesmo, tornando-se, portanto, o artífice do seu próprio destino. Criando-se a si mesmo, isto é procurando entender o sentido da vida e a razão de sua existência, está construindo o seu destino pois na vida tudo é ligado e correlato. Atado aos fatos oriundos do passado e às circunstâncias que vão surgindo e atuam na direção dos atos humanos, explica-se a obediência à lei de causalidade. Êstes conceitos são válidos, porque não subtraem o

esfôrço, a dedicação, as virtudes, a formação moral e profissional daqueles a quem se diz que o destino reservou grandes coisas. A felicidade, por outro lado, está intimamente vinculada à conduta ou à direção que os seres humanos imprimem à sua própria vida.

Aquêlê que quis ser um dia advogado, aquêlê que quis ir mais além, e tornar-se professor da Faculdade de Direito, conduziu para o atingimento de tão nobres e elevados objetivos todos os seus atos, aliados a muitas circunstâncias, e por isso viveu feliz, embora Deus tenha limitado a sua existência a um tempo demasiadamente curto.

Os momentos de adversidade, de dor são uma prova muito dura para nossa capacidade de resistência sentimental. Porém é na hora crucial do infortúnio, no dia aflitivo da dor, no tempo amargurado das tristezas, que mais se requer a fortaleza de ânimo. Os incompreensivos rebelam-se contra a adversidade, não resistem à dor. Os compreensivos, por outro lado, submetem-se e resignadamente aceitam as vicissitudes adversas e procuram consolar-se para resistirem ao sofrimento. Encontram na vontade soberana de Deus a última palavra, a decisão final de que não cabe recurso, porque é uma sentença proferida pelo Supremo Juiz.

Consóla-ncs, a nós todos, especialmente à mamãe, manifestações como a presente promovida pelos colegas e amigos, neste sagrado recinto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a velha e tradicional academia do Largo São Francisco a quem José Barbosa de Almeida tanto orgulho e amor soube devotar.

BIBLIOGRAFIA.

MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito. Preliminares Históricas e Sistemáticas*, São Paulo, Edição Saraiva, 1968, 109 págs.

Seguindo o exemplo de BENEDETTO CROCE, com o livro em epígrafe contribui o Prof. MIGUEL REALE para uma crítica de seu próprio pensamento jusfilosófico. Iniciador, no Brasil, da teoria tridimensional do direito, com repercussões e adesões internacionais, levando a filosofia jurídica aqui praticada além de nossas fronteiras, e elevando-a à altura das mais relevantes manifestações desse tipo de saber especulativo no mundo ocidental, o presente livro vem atender a uma justificável expectativa dos estudiosos do assunto. Daí a oportunidade de sua publicação, acrescida de sua importância mesma para a compreensão do especular do mestre paulista.

Já no átrio do livro formula o prof. MIGUEL REALE seu apotegma norteador fundamental: “Nenhuma teoria jurídica é válida se não apresenta pelo menos dois requisitos essenciais, entre si intimamente relacionados: o primeiro consiste em atender às exigências da sociedade atual, fornecendo-lhe categorias lógicas adequadas à concreta solução de seus problemas; o segundo refere-se à sua inserção no desenvolvimento geral das idéias, ainda que os conceitos formulados possam constituir profunda inovação em confronto com as convicções dominantes” (pág. 9). Quer isto dizer que a validade de uma teoria jurídica depende de sua adequação à realidade social como instrumento de compreensão e de renovação, iluminando e transformando, em decorrência do próprio evoluir das idéias e de um dado objetivo: “a estrutura essencial da experiência jurídica é tridimensional” (pág. 10).

Para o autor é fora de dúvida “que nossa época assiste a uma profunda renovação nos estudos filosófico-jurídicos”, o que não quer dizer que a razão de ser da Filosofia do Direito deva ser apreciada *in abstracto*, “mas em suas necessárias correlações com o complexo de fatores históricos e sociológicos dos quais decorre a nova atitude observada” (pág. 13). Daí ser impositiva a recolocação do direito no meio do mundo social, “porquanto a crise do direito não é senão um aspecto relevante da crise geral da civilização contemporânea. De tal sorte que imprevistos fatores ideológicos e o violento impacto das ciências sobre a sociedade acentuaram ainda mais o significado problemático e contingente das estruturas jurídico-formais” (pág. 19), “de sorte que a Ciência do Direito, tôda ela, está imersa na problemática do futuro,

o que quer dizer do destino humano, em geral; donde a impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos” (pág. 20). Por isso se explica a reciprocidade do jurista que se volta para a filosofia e do filósofo para a positividade do direito, ambos confluindo na concretidade da experiência jurídica (cf. pág. 21), sem esquecer, todavia, que “a Filosofia do Direito é, como penso, a própria Filosofia enquanto tem por objeto uma realidade de significado universal, como é o direito” (pág. 22).

Assim sendo, “tal compreensão concreta da experiência jurídica”, somatório das posições do filósofo e do jurista, conduz à verificação da “estrutura axiológico-normativa da realidade jurídica que faz desta um objeto de Filosofia e de Ciência: da primeira porque estuda os valores como condição transcendental da experiência do direito; e da segunda porque indaga das valorações que historicamente se concretizam em modelos jurídicos” (pág. 25), entende-se por *modelos jurídicos* “aqueles que se estruturam como integração de *fatos* e *valores* segundo *normas* postas em virtude de um ato concomitante de *escolha* e de *prescrição* (*ato decisório*) que pode ser tanto do legislador ou do juiz, como resultar das opções costumeiras, ou de estipulações fundadas na autonomia da vontade” (nota 11, *loc. cit.*). Daí o papel que representa o jusfilósofo, “colaborando com os juristas positivos em sua difícil e árdua tarefa de determinar e sistematizar as categorias jurídicas reclamadas por um mundo em mudança” (pág. 36).

Por outro lado, verifica o prof. MIGUEL REALE que a significação da estrutura jurídica mesma se reveste de uma realidade dialética (cf. pág. 49), “visto o duplo e concomitante caráter histórico e normativo do direito” (pág. 50). Por isso sua concepção coincide com a de RECASENS SICHES “quanto à historicidade essencial da experiência jurídica, que não exclui mas antes implica o reconhecimento das constantes axiológicas condicionadoras das situações sociais históricas particulares” (pág. 58) Posto o que constata: “Pode-se dizer que a compreensão tridimensional da realidade jurídica, como discriminação de pontos de vista ou de perspectivas, foi um fenômeno universal, correspondendo a uma exigência de superamento de duas atitudes contrapostas, a do apêgo positivista aos fatos empíricos e a de pura subordinação a valores ideais” (pág. 60).

No que consiste, porém, a *tridimensionalidade* do direito? Na afirmação do caráter fático-axiológico-normativo do direito, isto é, numa síntese dos *valores* e dos *fatos* onde a *norma* desempenha a função integrante e superadora daqueles momentos (cf. pág. 61), procurando a teoria realiana “correlacionar dialeticamente os três elementos em uma unidade integrante” (pág. 64). Isto porque, a seu ver, “a experiência jurídica, articulando-se e processando-se de maneira tridimensional, nem por isso perde a sua essencial *unidade* e *concretidade*, a

qual só pode ser unidade de processo ou dialética, o que implica a inserção do problema particular da tridimensionalidade do direito no quadro geral de uma diversa compreensão do homem, da sociedade e da história” (págs. 66-7). Ou seja: “A unidade do direito é uma unidade de *processus*, essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de fatores na conduta humana, como se esta pudesse ser conduta *jurídica* abstrada daqueles três elementos (fato, valor e norma), que são o que a torna pensável como conduta e, mais ainda, como conduta jurídica” (pág. 72). Por isso “só é conduta jurídica enquanto e na medida em que é experiência social dotada daquele sentido e daquela diretriz, ou seja, enquanto se revela *fático-axiológico-normativamente*, distinguindo-se das demais espécies de conduta ética por ser o *momento bilateral-atributivo da experiência social*” (pág. 73).

Em face disso tudo insere-se o tridimensionalismo jurídico numa dialética de implicação-polaridade, porquanto “fato e valor *são enquanto se co-implicam* na estrutura do modelo jurídico” (nota 6, pág. 86). Como, no plano gnoseológico, há uma correlação transcendental subjetivo-objetiva, ou ontognoseológica, que não permite nenhum reducionismo, “resulta o caráter dialético do conhecimento, que é sempre de natureza *relacional*, aberto sempre a novas possibilidades de síntese, sem que esta jamais se conclua, em virtude da essencial irredutibilidade dos dois termos relacionados ou relacionáveis. É a êsse tipo de dialética que denomino *‘dialética de implicação-polaridade’*, ou de *complementariedade*, da qual a dialética dos opostos, de tipo marxista ou hegeliano, não é senão uma expressão particular, com as modificações resultantes da análise fenomenológica de seus termos, notadamente para se desfazer a confusão entre ‘contrários’ e ‘contraditórios’. No âmbito da dialética de complementariedade, dá-se a implicação dos opostos na medida em que se desoculta e se revela a aparência da contradição, sem que com êste desocultamento os termos cessem de ser contrários, cada qual idêntico a si mesmo e ambos em mútua e necessária correlação” (pág. 88). Do que resulta que o termo *tridimensional* “só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em fato, num ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas” (págs. 93-4).

Ora, o direito “é realidade ou fato histórico-cultural” (pág. 91), visto como “experiência histórico-cultural” (pág. 93), como “objetivação histórica” (pág. 95), porém “é fato histórico-cultural, ou produto da vida humana objetivada, somente enquanto os atos humanos se

integram *normativamente* no sentido de certos *valôres*" (pág. 96), porquanto pensar "o homem como ente essencialmente histórico é afirmá-lo como fonte de todos os valôres" (*loc. cit.*). Quer dizer: "A história é, em verdade, impensável como algo de concluído, mera catalogação morta de fatos de uma humanidade 'passada', pois a categoria do passado só existe enquanto há possibilidade de futuro, o qual dá sentido ao presente que em passado se converte. O presente, como tensão entre passado e futuro, o *dever ser* a dar pêso e significação ao que se é e se foi, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre *valor* e *tempo*, axiologia e história" já que "o *ser* do homem é o seu *dever ser*" (pág. 97). Assim "se a história do direito tem um sentido, projeta-se ela do ser mesmo do homem, com todos os riscos da ventura e da aventura de sermos homens, cada um de nós subordinado, como ensinou ORTEGA Y GASSET, ao irrenunciável e intransferível projeto de nós mesmos" (págs. 98-9). Conclui, então, "que é no desafio da liberdade e no poder de síntese do espírito que se funda a dignidade do homem" (pág. 105).

Eis aí, em breve resenha, no que consiste o livro em epígrafe, coroamento de tôda a obra jusfilosófica de MIGUEL REALE onde não se sabe o que mais apreciar: se o jurista vivenciado na experiência jurídica iluminada pela filosofia, ou se o filósofo prêso à concretude dessa experiência que fundamenta sua especulação, numa síntese de *praxis* e *theoria*. Se esta obra de MIGUEL REALE estava sendo aguardada com viva expectativa, atendeu ela com perdulariedade aos expectantes, enriquecendo ainda mais o acêrvo espiritual da intelectualidade brasileira, para não dizer que compõe, com as demais obras do eminente pensador, um dos momentos mais altos de nossa inteligência.

LUÍS WASHINGTON VITA

* * *

Belo livro, que não se limita a reafirmar, mas reformula sinteticamente o tridimensionalismo jurídico concreto do autor, situando-o em preliminares históricos atualizados, salientando-lhe o caráter pessoal e juntamente social, e focalizando-lhe o primeiro princípio sistemático, tanto onto-gnoseológico como histórico-axiológico.

É belo o livro, não só devido à indefectível elegância do estilo, mas sobretudo pela profunda intuição de não ser o direito apenas produto pragmático de cultura ética, senão também construção essencialmente estética, enquanto correlação dialética de valôres mutuamente complementares e opostos, a exigirem equilíbrio e harmonização. (pp. 101; 105).

O primeiro capítulo mostra não ser a tridimensionalidade jurídica doutrina isolada, senão vasto movimento intelectual contemporâneo, à procura da realidade concreta ou integral do direito, visando alargar as perspectivas unilaterais e abolir o divórcio entre juristas e jusfilósofos. — Tal divórcio, ao meu ver, foi devido principalmente às concepções modernas de THOMASIVS e PUFENDORF, distinguindo moral e direito, ou seja direito natural e direito positivo, até o ponto de separá-los. Nos períodos antigos e medieval, não há tal segregação rígida e divorcista. Basta ver em TOMÁS DE AQUINO como o direito é declaradamente bidimensional, abrangendo conduta e norma, sem falar no fator implícito e integrativo da justiça (*Sum. theol.* 2a. 2ae. q. 57, art. 1, ad 1 et 2); e como as normas de moral ou direito natural, embora distintas das regras jurídicas (*Sum. theol.* 1a. 2ae. q. 104, art. 1, c.), não deixam de ser incorporadas no direito positivo escrito. (*Sum. theol.* 2a. 2ae. q. 60, art. 5, c.)

O segundo capítulo do livro em aprêço é um panorama histórico geral do tridimensionalismo jurídico, com informações atualizadas, mormente sôbre autores italianos e franceses.

O terceiro capítulo é uma espécie de inventário do tridimensionalismo jurídico concreto do autor, destinado sobretudo a mostrar que não se reduz a mera vulgarização da doutrina “trilateral” de SAUER no mundo hispano-americano, como incrivelmente pretendeu WERNER GOLDSCHMIDT (p. 75, n. 9). Não se trata de um protesto de vaidade, mas de legítima reivindicação de originalidade, no sentido da responsabilidade doutrinária, pessoal e social. Cada filósofo, — observa com profundidade REALE, — forçosamente acaba por elaborar uma filosofia própria, de acôrdo com a sua autêntica vivência existencial valendo-se de noções pessoais ou alheias. — “A originalidade de um filósofo pode estar menos na formulação de novas perguntas do que na reformulação das antigas, em consonância com as exigências históricas do seu tempo... No fundo, é essa a função primordial de uma “teoria”, que tanto pode valer pelas verdades que encerra, em si e por si mesma, como por tornar acessíveis à compreensão as verdades de outras teorias” (p. 82).

Os últimos dois capítulos focalizam com felicidade o incentivo histórico e o fulcro metafísico do tridimensionalismo concreto do autor, tanto do ponto de vista da teoria do conhecimento como sob o ângulo prático, ético-jurídico. O estímulo histórico foi a doutrina de LASK, e RADBRUCH, intercalando a cultura como mediadora entre ser e valor, dissociados por KANT. Segundo REALE, a mediação da cultura apenas confirmava a separação entre ser e valor, inspirada na dissociação, também kantiana, entre sujeito e objeto cognicional. Ambas lhe pareciam contrárias à essência do espírito pessoal do homem, síntese a

priori ou natural do ser e do dever ser, e daí, no domínio cognitivo, sujeito intencionalmente correlacionado com o objeto gnoseolôgicamente valioso, bem como, no domínio da ação, espontaneamente propenso a realizar valores ético-jurídicos, conforme métodos ou modos de agir prescritos em normas obrigatórias. Nestes termos, não é a cultura mediadora entre ser e conhecimento, entre ser e valor, mas síntese imediata e progressiva de ambos.

Na minha opinião, êstes últimos capítulos dissipam cabalmente a objeção de COSSIO, concebendo o tridimensionalismo de REALE como um movimento dialético, a girar entre os três polos de modo mecânico e artificial, por carecer de substantividade ou fulcro ontológico. Ora, por êstes capítulos, o fulcro metafísico do movimento tridimensional é evidentemente a pessoa ou o espírito humano; substância, não no sentido imaginário de substrato estático, extrapolado do processo histórico e destituído de qualificação fático-axiológico-normativa, mas sim, no sentido ontológico de ser de tal processo a imanente condição de possibilidade (pp. 92; 99). Destarte, não pode o movimento dialético tridimensional ser tachado de mecânico ou artificialmente construído, por ser um processo natural ao homem; por conseguinte, histórico-axiológico, planejado mas problemático, marcado pelo pluralismo da liberdade (p. 98).

Ao eminente autor, devo apenas submeter dois pontos duvidosos. — Primeiramente, não me parece “abstrata” ou dissociada da realidade histórico-axiológico-jurídica a teoria de WELZEL sôbre a estrutura finalística da ação (p. 41); pois, tal estrutura é a condição a priori da possibilidade intrínseca do objeto da norma jurídico-positiva, a qual só pode visar comportamentos humanos, motivados por fins e valores. (cfr. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1960, p. 197). Por outra forma: a estrutura finalística da ação humana é, para WELZEL, a condição transcendental da legislação jurídico-positiva, assim como, para M. REALE, o “direito natural” é o conjunto das condições axiológicas transcendentais, — mas não transcendententes, e sim, iminentes, — da possibilidade da vida do direito positivo. (v. REALE, *Filosofia do Direito*, 1965, p. 510).

Em segundo lugar, na análise crítica da doutrina de COSSIO (pp. 92-94), muito apreciei o reconhecimento da importância primordial da conduta para a experiência jurídica total. Para mim, entretanto, a conduta jurídica não designa o todo da realidade jurídica, mas sim, a fase decisiva da mesma, por ser a realização eficaz das normas e dos valores que as inspiram. Êsse direito *de fato*, socialmente eficaz e vivo, é no entanto essencialmente *in fieri*, sujeito a alterações e vulnerável por circunstâncias e valorações imprevistas. Por isso, acertadamente observava COSSIO, contra o normativismo de KELSEN, não ser

possível abrigar a volúvel conduta jurídico-social contra os bombardeiros inimigos. Estranho, pois, que este direito *de fato*, é qualificado pelo prof. REALE como *já dado*, em vez de ser concebido como um *dado em contínua evolução*, quer no sentido da integração, quer no da desintegração da norma e do respectivo valor. É certo que a norma jurídica integra, ou desintegra, enquanto proibitiva, certos fatos e valores; mas parece que também ao fato, ou à conduta em sentido estrito, compete integrar ou desintegrar valores e normas; bem como aos valores cabe a integração ou desintegração de normas e fatos.

Na essência, porém, aceito plenamente a jusfilosofia de M. REALE, inclusive a concepção do direito natural, que diverge da minha, mas não a contradiz. Para mim, como para o meu eminente colega, o “direito natural” é imanente e não transcendente à realidade histórico-axiológico; mas eu o considero um nome impróprio, dado à moral na totalidade das suas regras mutáveis condicionadas por umas poucas normas fundamentais, adjetivas e imutáveis através da história e da geografia. Entre direito positivo e direito natural, as influências me parecem recíprocas, havendo regras morais que se tornam jurídicas e normas jurídicas que trazem novas obrigações morais.

No personalismo pluralista, histórico-axiológico de REALE vejo uma reformulação moderna e original da doutrina tomista, em que o homem é também síntese de ser e dever-ser, pois, a razão o leva a aperfeiçoar-se gradualmente, tanto no domínio teórico do saber como no prático das instituições jurídico-sociais. (*Sum. theol.* 1a. 2ae. q. 97, art. 1, c.). Tal aperfeiçoamento cultural é também concebido como pluralista e histórico-axiológico, pois, o homem “tem intelecto e razão para perceber como um objeto pode variar de bom para mau, conforme convém ou não convém a indivíduos, tempos e lugares diferentes” (*Sum. Contra Gentiles*, 1. 3, cap. 113). Na teoria ontognoseológica de REALE, enxergo mais uma confirmação original da doutrina tomista da intencionalidade do conhecimento (*In De Anima*, lib. 2; lect. 24; n.º 553); posição também de certo modo reafirmada na fenomenologia de HUSSERL e sobretudo na de HEIDEGGER e MERLEAU-PONTY.

O tridimensionalismo jurídico concreto de REALE parece-me trazer ao tomismo autêntico enriquecimento, enquanto lhe permite estender aos três pólos: fato, norma e valor a concepção da “relação transcendental”, implícita na essência do ser relativo. O próprio REALE fala em “correlação transcendental” (p. 88), se bem que no sentido kantiano ou husserliano, diferente mas não contraditório, de condição necessária à possibilidade.

Longe de mim, entretanto, qualquer veleidade de aliciar ou enquadrar no tomismo ao prof. REALE. Com este penso dever o filósofo caminhar para a verdade dentro do pluralismo da liberdade, elaborando

a sua teoria segundo a convicção pessoal e procurando, por meio dela, compreender as posições alheias. Detesto profundamente a concepção ideológica e politíqueira das filosofias como instrumentos de poder ou hegemonia intelectual. Como PLATÃO, concebo a filosofia como diálogo do espírito consigo mesmo e com os outros. Assim, a doutrina de TOMÁS DE AQUINO se me afigura um diálogo entre aristotelismo e platonismo agostiniano. Infelizmente, ao surto néo-tomista não poucos aderiram como a um instrumento de prestígio social ou de “poder espiritual”. São êsses tais que agora declaram superado o tomismo, indo cortejar e tentar enquadrar o marxismo. Com satisfação imensa assisto ao êxodo daqueles pretensos tomistas. Desejo que para sempre o tomismo fique superado como poder de domínio ou pressão doutrinária; pois, só tal renúncia lhe permitirá continuar a viver e conviver na autenticidade, procurando entender e apreciar as doutrinas alheias, e por esta via altruísta, chegando a melhor compreender e valorizar-se a si mesmo.

L. VAN ACKER

* * *

Não estarei incorrendo em nenhum exagêro, nem tampouco falseando a verdade, se disser que o livro em epígrafe era, de há muito, esperado por todos quantos, no país e no estrangeiro, já tinham tido contato com as idéias do autor a respeito da estrutura da realidade jurídica ou sôbre elas meditado com mais vagar. Exposições sôbre o tridimensionalismo, como se sabe, já possuímos, e algumas até mesmo da lavra do próprio prof. MIGUEL REALE, conforme se pode fâcilmente ver, através da leitura dos capítulos XXXIV *usque* XXXVIII de sua apreciada *Filosofia do direito*. RECASÉNS SICHES, em sua autorizada *Filosofia del derecho* também nos oferece uma visão bastante precisa do assunto, embora sintética. A última, mas nem por isso menos significativa, referência ao tridimensionalismo brasileiro, cujos aspectos essenciais ressaltava, surge no recente segundo volume da *Filosofia do direito e do estado*, do prof. CABRAL DE MONCADA (pág. 113). Limito-me, no momento, a essas alusões, de passagem, pois quando examinar a repercussão do tridimensionalismo brasileiro me demorarei nas análises dêle realizadas. Essas referências são feitas para mostrar que possuímos várias exposições sôbre o tridimensionalismo, quer no que se refere às suas manifestações especiais, quer no que diz respeito ao movimento, em seu conjunto. Embora insatisfatória, sob muitos respeitos, nesta última categoria temos, em português, o trabalho de WERNER GOLDSCHMIDT, publicado no vol. 208 da *Revista Forense*. Não obstante tais estudos, aguardava-se, com o maior interêsse, uma exposição das idéias fundamentais, por aquêle que, entre nós, é a figura principal do movi-

mento, e que ocupa hoje, no plano mundial das idéias jurídicas, uma posição de invejável relêvo. O livro em epígrafe vem atender a essa geral preocupação. Convém, todavia, acentuar, desde logo, que o livro não é apenas exposição das posições básicas do tridimensionalismo, e das idéias fundamentais do seu autor, dentro do movimento. É aliás muito difícil a alguém, que haja fixado orientação pessoal, abrindo caminho através de idéias contrastantes, limitar-se a uma tranqüila exposição do que pensa a respeito de problemas às vêzes vitais para o homem e a sociedade. A exposição, em tais casos, necessariamente tem algo de biografia de idéias, fazendo transluzir, aqui e ali, as colisões, os atritos, mostrando como a obra pessoal é uma vivência rica de implicações e de sugestões. O prof. MIGUEL REALE não poderia, evidentemente, fugir a essas circunstâncias, o que propicia à sua exposição um colorido que muito o eleva e o torna bem mais apreciável.

Não será mesmo demasiado salientar que tôda a exposição de idéias, substancialmente, reveste características polêmicas, pois sòmente através do contraste é que podem brilhar as próprias idéias. Êsse processo é utilizado pelo autor, ao longo de tôdas as páginas do volume, desde as iniciais, em que, de maneira bastante precisa, coloca o problema das relações da Filosofia com o Direito, ou mais exatamente com a Ciência Jurídica, até às finais, em que mergulha no âmago da realidade ontológica do Direito. Essa maneira de enfrentar as questões é inegavelmente de grande efeito no que diz respeito à fixação dos problemas e também no que concerne à elucidação dos mesmos. Ainda quanto a êsse ponto, observa-se aqui a repetição daquela maneira bem característica do autor, que tem pôsto em prática em tôdas as suas obras, de enfrentar os problemas através dos seus aspectos históricos e ideológicos, o que os coloca sob um embasamento da maior amplitude.

A esta altura, nesse primeiro contato com o livro, importa ainda pôr à mostra aquêle aspecto que, não obstante seja uma das notas fundamentais de tôda a obra e pensamento do prof. MIGUEL REALE, nêle, a meu ver, se torna ainda mais saliente: o sentido profundamente concreto da sua visão filosófica e notadamente da sua visão de realidade jurídica. Sempre tive para mim — e a leitura dêste último livro do prof. MIGUEL REALE sòmente veio fortalecer essa convicção — que a teoria tridimensional do Direito, sobretudo em sua manifestação brasileira, é o ponto culminante de uma linha de reação e de afirmação, que vai do antiformalismo ao tridimensionalismo. Essa linha tem uma constante que é a preocupação pelo concreto, entendido êste, no que concerne ao Direito, como uma dimensão plurivalente, no qual se entroncam os valôres humanos, os fatos sociais e os processos normativos. O tridimensionalismo apresenta-se, assim, como único método capaz de dar acesso a essa realidade, em sua estrutura fundamental e, conse-

qüentemente, de abrir soluções para tôdas as variadas manifestações problemáticas particulares do orbe jurídico. Como se fixa êsse método, como, através de sua aplicação, se desvenda a realidade jurídica e com ela se estrutura?

Fixada, em rápida síntese, as características essenciais do livro em epígrafe, expondo as grandes linhas da concepção tridimensional do direito do prof. MIGUEL REALE e, ao mesmo tempo, tentada uma inserção das idéias tridimensionalistas no contexto geral da evolução espiritual, em sentido amplo, e jurídica, em particular, na nossa época, cabe, agora, empreender uma nova tentativa, qual seja a de captar, com tôda a fidelidade possível, as notas essenciais da concepção tridimensional, bem como indicar os seus pressupostos básicos. O livro desenvolve a exposição partindo do primeiro momento indicado, para o segundo, isto é, primeiro indica as teses tridimensionalistas, nas suas manifestações abstratas e específicas e ao depois, os seus fundamentos gnoseológicos e histórico-culturais. Vamos inverter a ordem, para primeiro cuidar dos fundamentos gerais e a seguir retratar a concepção jurídica. Claro, teremos que nos ater apenas aos pontos essenciais, embora, como é óbvio, com isso sacrifiquemos, e sensivelmente, a riqueza da análise. A rigor, quase que nos limitaremos a indicações, que é o que permite uma nota da natureza desta. Contudo, desejamos que as indicações sirvam para despertar a curiosidade no espírito de alguns leitores, de entrar em contato pessoal e direto com uma das concepções mais bem elaboradas e fundamentadas que possuímos, a respeito da realidade jurídica. O que sobretudo chama a atenção, e desde o primeiro momento na teoria do prof. MIGUEL REALE, é a sua sólida fundamentação. Incurririam em imperdoável engano aquêles que imaginassem que o tridimensionalismo jurídico fôsse uma concepção enraizada tão só na esfera da juridicidade, sem travamento algum com uma concepção geral do mundo e do homem. A grande importância do tridimensionalismo jurídico está exatamente, em corresponder a uma concepção tridimensional geral, de sólida estrutura gnoseológica. Os pressupostos fundamentais, quer no que diz respeito ao plano teórico, quer no que concerne ao plano prático, se traduzem nos têrmos de uma dialética de implicação e polaridade, que é transcendida, permanentemente, por uma síntese, a qual, jamais alcançada de forma definitiva, indica a exigência de um processo constante. É assim com inteira razão que o prof. MIGUEL REALE afirma que “meu tridimensionalismo jurídico insere-se num contexto de idéias e de opções doutrinárias, nesse inevitável modo próprio de pensar e de compreender o universo e a vida, que cada filósofo acaba por elaborar para sua própria vivência, valendo-se de noções originais ou recebidas, desde que a filosofia represente para êle autêntica exigência existencial, e não mero adôrno de ilusório poder verbal, sendo ingênuo possa haver algum pensador que não seja tributário de

idéias e contribuições alheias” (p. 82). A concepção básica, de um processo dialético de implicação e polaridade põe à mostra o caráter tridimensional da realidade histórico-social, bem assim como é óbvio, dos bens culturais, permitindo ao autor libertar-se das limitações que caracterizam as posições de WINDELBAND e RICKERT, no que se refere ao conceito de cultura. São indicações, e nada mais do que indicações, de um contêxto em que se vai inserir a concepção tridimensional do direito, que hoje alcançou repercussão mundial. Armado desses pressupostos, o nosso jurista não poderia, evidentemente, cair em unilateralismos conceituais, através de visão parcelada da realidade jurídica. Necessariamente, seria conduzido, como o foi, a uma visão dessa realidade como algo complexo, vendo, argutamente, as insuficiências perigosas das posições positivistas, normativistas ou jusnaturalistas. Perspectivas amplas e abrangentes do direito, sem dúvida, sempre se manifestaram no correr da história. E a partir de 1940 começaram a ser expressamente reveladas algumas, que timbram por qualificá-la de tridimensional. É importante, porém, notar que tais concepções, ou nada mais fazem do que justapor os elementos básicos dessa realidade — fato, valor e norma — que assim guardam independência entre si; ou então, quando procuram integrá-los, dão predominância a um deles, que assim é hipertrofiado, em detrimento injustificável dos demais. A chamada *fórmula Reale* vê a estrutura jurídica, em si mesma, tridimensionalmente, de forma que qualquer momento da realidade jurídica, essencialmente, se manifesta de forma triplíce, não se concebendo direito, seja qual for a sua manifestação, sem que estejam presentes as três dimensões apontadas. A maneira de encarar as coisas é totalmente diversa, como se percebe, daquela visão de um Sauer, ou mesmo de um JEROME HALL. Compartilha assim o direito, nas suas estruturas essenciais, do que é específico da própria realidade humana. E aliás, a linha de coerência espiritual é notável, pois o direito nada mais é do que um momento da experiência humana. Essa visão, sem dúvida bastante significativa, teve notável repercussão tanto no país como no estrangeiro, onde vem sendo saudada como uma das manifestações mais fecundas do pensamento jurídico atual. Dela nos dá uma visão bem rigorosa e compreensiva êste último livro do prof. MIGUEL REALE, a que se seguirá outro, já anunciado, e a ser lançado também sob a responsabilidade da Editôra Saraiva.

TEÓFILO CAVALCANTI FILHO

* * *

A expressão *teoria tridimensional do direito* evoca, para quem acompanha a situação do pensamento filosófico-jurídico de nossos dias,

precisamente isto: a teoria de MIGUEL REALE. É que as outras formulações do esquema tridimensional, anteriores ou contemporâneas da do ilustre pensador brasileiro, carecem da extremada clareza com que REALE colocou a sua versão: assim estão no caso as idéias de SAUER, de HALL ou de GOLDSCHMIDT, que apresentaram enfoques tridimensionais da problemática jurídica, mas não chegaram plenamente a equacionar uma demonstração do caráter tridimensional da própria estrutura do direito, ou, por outra, da experiência jurídica. E para tal, contribuíram alguns fatores, entre os quais destaco, primeiro, o fato de que o mestre paulista *chegou* ao tridimensionalismo dentro de uma trajetória doutrinária coerente mas multiforme; o segundo, o fato de que, por dentro de seu lastreamento intelectual, atua a faixa larga da influência italiana, na qual o conceito de “experiência jurídica” é propício à construção de teorias como esta. Acrescente-se o fato de ser, o professor REALE, a um tempo filósofo, homem de gabinete com intensa ocupação literária, e advogado, homem de militância positiva permanente. Habitado portanto a viver em diferentes planos, e a testar, em diferentes dimensões, os problemas de que fala.

Se, entretanto, o desenvolvimento da “visão” tridimensional já vinha em processo através das mais expressivas obras de REALE, a partir sobretudo de sua já consagrada *Filosofia do Direito* (que surgiu traduzindo uma experiência docente e hoje passou a influir experiências docentes), ocorria a falta de um texto síntese onde o programa mínimo do tridimensionalismo realeano se explanasse, com exposição onde os porquês fundamentais da teoria se traçassem.

Esta síntese aparece agora, formulada em seus supostos históricos e sistemáticos, neste breve livro. São cinco capítulos: o primeiro, tratando da relação entre filosofia do direito e ciência jurídica; o segundo, observando as “dimensões da experiência jurídica”; o terceiro, estudando o “tridimensionalismo jurídico concreto”; o quarto, a tridimensionalidade e a dialética da implicação-polaridade; o quinto, as relações entre a tridimensionalidade e o historicismo axiológico.

A importância do capítulo III corresponde ao caráter “concreto” que apresenta a teoria tridimensional realeana, em face de outros tridimensionalismos, que, embora constatando ou considerando a existência de três aspectos distintos na realidade jurídica, não chegam a integrar êsses três aspectos, o fato, o valor e a norma, num plexo uniforme. Para REALE, como para vários outros pensadores, os aspectos em causa apontam respectivamente para as tarefas da sociologia jurídica, da filosofia e da dogmática; mas o específico em sua concepção, é que além de oportuno como montagem de estudos distintos e solidários, o esquema

se entende como efetivamente revelador de uma compreensão, em *cada momento* da vida jurídica, daquelas três perspectivas. Daí a visão — a cujo esclarecimento se dirige o capítulo IV — de uma dialética própria das relações entre os elementos do jurídico, a dialética dita “de implicação e polaridade”, em que os termos opostos se implicam e se complementam, porque se polarizam como postos mas se integram numa correlação. Para o professor REALE, o direito, visto sob o aspecto tridimensional, não se destaca substancialmente da experiência *social* em que se encaixa. Isto o confirma a temática do capítulo V: as relações do tridimensionismo com o “historicismo axiológico”, nome com que, por sugestão de LUIGI BAGOLINI, se ficou chamando o apêgo de REALE, à história que também é apêgo a valores. Faltava talvez explicar, mais detidamente, como uma teoria sistemática e estrutural como esta se articulava com um historicismo definido por sua referência aos valores. Por sua referência, portanto, com “uma” das dimensões do fenômeno jurídico. Lê-se agora, refeita, a explicação que já vinha ínsita em estudos anteriores, do autor: seu historicismo, não sendo absoluto, abre-se para os valores, cuja vocação na história é objetivar-se; e como o direito se inclui entre as formas de que o homem dispõe para a objetivação dos valores, recoloca-se por nôvo caminho e por nova questão a mesma visão anterior, ou seja, a de um direito que em cada tempo realiza valores por meio de normas. Eis portanto uma concepção que leva em conta a vida humana. E faz o leitor lembrar uma coisa, que muitos infelizmente começam a esquecer: que as dimensões do jurídico não são mais, em fim de contas, do que outros tantos aspectos das dimensões mesmas do humano.

NELSON NOGUEIRA SALDANHA

MARCELLO CAETANO, *As pessoas colectivas no novo Código Civil*, Lisboa, 1967.

Como separata de *O Direito*, (Ano 99, n. 2), por nímia gentileza do seu autor, chegou-nos o estudo intitulado: *As pessoas colectivas no novo Código Civil*. O opúsculo resultou de apontamentos que o professor MARCELLO CAETANO reuniu a fim de servir de base à exposição de idéias por êle realizada em Lisboa, a 5 de abril de 1967, em tórno do recentemente promulgado Código Civil Português. O sumário contém 15 sub-títulos referentes às questões atinentes às pessoas jurídicas no campo das obrigações, apresentando-se com grande poder de síntese.

F H. M. A.

MARCELLO CAETANO, *A Reforma dos Estudos Jurídicos*,
Lisboa, 1966.

O que nos seduz no Sr. Dr. Professor MARCELLO ALVES CAETANO DAS NEVES é a salutar inquietude que o traz permanentemente preocupado com os problemas ligados à formação de quantos estudam ciências jurídicas em Portugal. O traço ora referido no grande administrativista português já se nos revelara noutras obras de nós conhecidas, notadamente no seu *Manual de Direito Administrativo*, já em sucessivas reedições e no qual é devolvida a Portugal a serventia bibliográfica que nós brasileiros lhe dávamos, ao tempo de ALMEIDA E SOUSA, CORREIA TELLES, MELLO FREIRE, PEREIRA E SOUSA, COELHO DA ROCHA, LYS TEIXEIRA, a qual só foi retomada, mais adiante, por JOSÉ ALBERTO DOS REIS. Agora nos vem, das mãos do autor, o opúsculo *A reforma dos estudos jurídicos*. É trabalho em que se encontram muitas sugestões que aproveitariam ao Brasil, tendo, ainda, a virtude de advogar para o ensino das ciências jurídicas o valor de transmissão de propedêutica para uma formação que não é, necessariamente, dirigida à formação de profissionais da advocacia. Ora, como entendemos, com relação à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que esta, não tem o fim único de conferir o título de bacharel formado com anexa profecia, de que o contemplado advogará, encantou-nos a orientação imprimida ao assunto pelo professor CAETANO.

O trabalho objeto desta nota acha-se na *Revista da Faculdade de Direito* da Universidade de Lisboa, volume XX.

F. H. M. A.

MARCELLO CAETANO, *Recepção e execução dos decretos do Concílio de Trento em Portugal*, Lisboa, 1965.

Para aquêles que, no Brasil, se dedicam ao estudo da história do Direito é de capital importância a obra do professor MARCELLO CAETANO, há pouco referida. A matéria versada pelo infatigável pesquisador está ligada sobretudo ao livro 2.º das *Ordenações Filipinas*, de que há recente edição brasileira, graças a Saraiva S.A., livreiros editores. Não podemos, entretanto, deixar de exprimir nossa extranheza ante uma omissão do professor MARCELLO CAETANO, que cremos ter decorrido de lapso de memória.

No Brasil, ninguém mais se consagrou ao estudo da influência do Direito Português do que o Senador CANDIDO MENDES DE ALMEIDA.

Dêle saiu a 14.^a edição das *Filipinas* (1870), a que se seguiram o *Auxiliar Jurídico* e *Direito Civil Eclesiástico Brasileiro*, publicado antes (1866) mas para conexão com a compilação de 1870.

Dêse brasileiro faz o prof. MARCELLO CAETANO menção para contestar (págs. 34 a 37) inautenticidade levantada por êle quanto à previsão de 1578, ponto que, contudo, no contestante, não ficou bem esclarecido ainda.

Como quer que seja, a contribuição, histórica do trabalho em rescensão é das maiores. Portanto, não podemos deixar de apontá-la, aqui, a todos quantos, no Brasil, se dedicam à perquirição das fontes do nosso Direito Positivo. D ?

O professor MARCELLO CAETANO é glória de que o Brasil se sente orgulhoso de co-participar, tantas têm sido as ocasiões em que nos honrou com suas visitas carinhosas. A esta circunstância é de acrescentar a de êle, por escrever em língua portuguêsã, ser honra de uma bibliografia em que Brasil e Portugal ainda se mostram incipientes, isto é: a de Direito Público. Daí o recomendar-se a leitura de suas obras e, agora, aquela de que estamos fazendo menção.

F. H. M. A.

MARCELLO CAETANO, *Os antecedentes da reforma administrativa de 1832*, Lisboa, 1967.

Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (vol. XXII, 1968), o estudo *Os antecedentes da reforma administrativa de 1832* visa a restabelecer verdade histórica acêrca da reestruturação administrativa operada em Portugal, por fôrça do Decreto n. 23, de 16 de maio de 1832, atribuído a Mouzinho da Silveira, ligado aos sucessos de uma resolução liberal em que ALMEIDA GARRETT deu sua inestimável colaboração. O tema é, pois, de aspeto local português. Mas, de sua penetração se tira um ensinamento: o de que os reflexos das mutações políticas em Portugal sôbre a sua Administração Pública foram mais acentuados do que no Brasil, sintoma que já havíamos notado, quando da leitura do velho administrativista português Antonio Justino de Freitas.

F. H. M. A.

ÍNDICE

ARTIGOS.

Prof. Dr. José M. de Camargo Aranha — José Carlos de Ataliba Nogueira	7	X
Prof. Dr. Frederico Steidel — Philomeno Joaquim da Costa	27	X
Prof. Dr. Manuel Pedro Villaboim — Fernando Henrique Mendes de Almeida	49	X
Prof. Dr. Manuel Pedro Villaboim — Manoel Pedro Pimentel ...	65	X

DOCTRINA.

A Missão da Faculdade de Direito na Conjuntura Política Atual — Alfredo Buzaid	71	X
Pirataria Aérea, Novo Delito Internacional — Haroldo Valladão	113	X
Problemas Penais do Cheque — Basileu Garcia	127	X
Preliminares ao Estudo da Estrutura do Delito — Miguel Reale	155	X
Francisco Campos e a Constituição de 1937 — Luís Eulalio de Bueno Vidigal	169	X
Dos Deveres Comuns a Ambos os Cônjuges — Washington de Barros Monteiro	179	X
A «Gewere» — Um Instituto do Antigo Direito Alemão — José Carlos Moreira Alves	193	X
Um Ângulo do Comodato — Paulo Carneiro Maia	229	X
O Antigo e o Novo Estatuto da Adoção — Rubens Limongi França	247	X
Princípios Informativos do Direito Público — José Cretella Junior	263	X
Assistência Judiciária — Novos Rumos Mundiais — Peter Messite	287	X
Letras de Cambio das Sociedades de Crédito e Financiamento — Félix Ruiz Alonso	299	X
Dano Moral — José Augusto Cesar	337	X

PARECER.

A Universidade de São Paulo é uma Autarquia de Base Fundacional e como tal deve ser Mantida — Oscar Barreto Filho	341	X
---	-----	---

ENSINO JURÍDICO.

Novos Rumos no Ensino do Direito e a Experiência Americana — Oscar Barreto Filho	355	X
--	-----	---

CONFERENCIAS E DISCURSOS.

X La Influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sôbre Derecho Fiscal de la Republica Federal de Alemania — Klaus Vogel	379
XX Pronunciamento — Goffredo da Silva Telles Junior	401
XX Administração e Direito — José Carlos Moreira Alves	413

CRÓNICA UNIVERSITÁRIA.

X Prof. Dr. Alfredo Buzaid — Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo	421
XX Novos Catedráticos	427
X Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves, novo titular da cátedra de D. Civil	443
X Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel, novo titular da cátedra de D. Penal	447
X O Instituto dos Advogados Brasileiros confere a Medalha «Teixeira de Freitas» ao Prof. Dr. Miguel Reale	451
X Doutoramento Honoris Causa do Prof. Dr. Adriano Alves Moreira	463
X Lembrando o Professor Francisco Morato	471
— Discurso do Dr. Lauro Celidônio, Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo	472
— Discurso do Prof. Dr. Moacyr Amaral Santos, Ministro do Supremo Tribunal Federal	476
— Discurso do Dr. Aurellano Leite, Presidente do Instituto Histórico e Geográfico de S. Paulo	481
X O «11 de Agôsto» no centésimo quadragésimo aniversário	493

IN MEMORIAM.

X José Barbosa de Almeida, Advogado e Professor de Direito — Oscar Barreto Filho	499
X Bibliografia	519

INDEX

ARTICLES.

Professeur Docteur José M. de Camargo Aranha — José Carlos de Ataliba Nogueira	7
Professeur Docteur Frederico Steidel — Philomeno Joaquim da Costa	27
Professeur Docteur Manuel Pedro Villaboim — Fernando Henrique Mendes de Almeida	49
Professeur Docteur Manuel Pedro Villaboim — Manoel Pedro Pimentel	65

DOCTRINE.

La Mission de la Faculté de Droit dans la Conjoncture Politique Actuelle — Alfredo Buzaid	71
La Piraterie Aérienne, un Nouvel Crime International — Haroldo Valladão	113
Les Problèmes Pénaux du Chèque — Basileu Garcia	127
Les Préliminaires pour l'Étude de la Structure du Délit — Miguel Reale	155
Francisco Campos et la Constitution de 1937 — Luís Eulalio de Bueno Vidigal	169
Les Devoirs Communs aux Conjointes — Washington de Barros Monteiro	179
Le «Gewere» — une Institution de l'Ancien Droit Allemand — José Carlos Moreira Alves	193
Un Aspect du Commodat — Paulo Carneiro Maia	229
L'Ancien et le Nouveau Statut de l'Adoption — Rubens Limongi França	247
Les Principes Informateurs du Droit Public — José Cretella Junior	263
L'assistance Judiciaire — Nouvelles Tendances Mondiales — Peter Messite	287
Les Lettres de Change des Sociétés de Crédit et Financement — Félix Ruiz Alonso	299
Dommage Moral — José Augusto Cesar	337

OPINION JURIDIQUE.

L'Université de São Paulo est un Organisme Autonome à Fonds Propres et Doit Conserver ce Caractère — Oscar Barreto Filho	341
--	-----

L'ENSEIGNEMENT JURIDIQUE.

Les Nouvelles Tendances dans l'enseignement du Droit et l'expérience américaine — Oscar Barreto Filho	355
--	-----

CONFERENCES ET DISCOURS.

L'influence de la Jurisprudence du Tribunal Constitutionnel Fédéral sur le Droit Fiscal de la République Fédérale Allemande — Klaus Vogel	379
Déclaration — Goffredo da Silva Telles Junior	401
Administration et Droit — José Carlos Moreira Alves	413

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

Monsieur le Professeur Docteur Alfredo Buzaid — Directeur de la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo	421
Les Nouveaux Professeurs de la Faculté de Droit	427
Monsieur le Professeur Docteur José Carlos Moreira Alves, nouveau Professeur de Droit Civil	443
Monsieur le Professeur Docteur Manoel Pedro Pimentel, nouveau Professeur de Droit Pénal	447
Monsieur le Professeur Docteur Miguel Reale est Décerné la Médaille «Teixeira de Freitas» par l'Institut des Avocats du Brésil	451
Monsieur le Professeur Docteur Adriano Alves Moreira Devient Docteur «Honoris Causa»	463
In Memoriam du Professeur Francisco Morato	471
— Discours de Mr. le Docteur Lauro Celidônio, Président de l'Institut des Avocats de São Paulo	472
— Discours de Mr. le Professeur Docteur Moacyr Amaral Santos, Ministre du Suprême Tribunal Fédéral	476
— Discours de Mr. le Docteur Aureliano Leite, Président de l'Institut Historique et Géographique de São Paulo	481
Le «Onze Août» à Son Cent-Quarantième Anniversaire	493

IN MEMORIAM.

José Barbosa de Almeida, Avocat et Professeur de Droit — Oscar Barreto Filho	499
Bibliographie	519

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES.

Professor Doctor José M. de Camargo Aranha — José Carlos de Ataliba Nogueira	7
Professor Doctor Frederico Steidel — Philomeno Joaquim da Costa	27
Professor Doctor Manuel Pedro Villaboim — Fernando Henrique Mendes de Almeida	49
Professor Doctor Manuel Pedro Villaboim — Manoel Pedro Pimentel	65

DOCTRINE.

The mission of the Faculty of Law in the present Political Con- juncture — Alfredo Buzaid	71
Air Piracy, a New International Crime — Haroldo Valladão	113
Penal Problems of the Cheque — Basileu Garcia	127
Preliminaries to the Study of the Structure of Delict — Miguel Reale	155
Francisco Campos and the 1937 Constitution — Luis Eulalio de Bueno Vidigal	169
The Duties Common to Both Married Couples — Washington de Barros Monteiro	179
The «Gewere» — an Institution of the Ancient German Law — José Carlos Moreira Alves	193
An Aspect of Commodatum — Paulo Carneiro Maia	229
The Old and the New Statute of Adoption — Rubens Limongi França	247
Informative Principles of Public Law — José Cretelia Junior	263
Law Assistance — New Worldly — Peter Messite	287
The Bills of Exchange of Credit and Financing Corporations — Félix Ruiz Alonso	299
Moral Damage — José Augusto Cesar	337

JURIDICAL OPINION.

The University of São Paulo is Basically a Foundation and Must Be Maintained As Such — Oscar Barreto Filho	341
--	-----

JURIDICAL TEACHING.

The Teaching of Law; Its New Trends and the American In- fluence — Oscar Barreto Filho	355
--	-----

CONFERENCES AND SPEECHES.

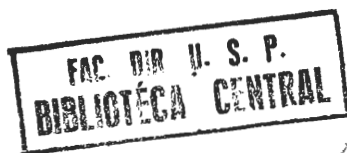
The Influence of Jurisprudence of the Federal Constitutional Tribunal on Fiscal Law of the Federal Republic of Germany — Klaus Vogel	379
Pronouncement — Goffredo da Silva Telles Junior	401
Administration and Law — José Carlos Moreira Alves	413

UNIVERSITY CHRONICLE.

Professor Doctor Alfredo Buzaid — Director of the Faculty of Law of the University of São Paulo	421
New Teachers	427
Professor Doctor José Carlos Moreira Alves, new teacher of Civil Law	443
Professor Doctor Manoel Pedro Pimentel, new teacher of Penal Law	447
The Brazilian Institute of Lawyers Gives the «Teixeira de Freitas» Medal to Professor Doctor Miguel Reale	451
Professor Doctor Adriano Alves Moreira is Awarded the Title of Professor Honoris Causa	463
In Remembrance of Professor Francisco Morato	471
— Speech of Doctor Lauro Celidônio, President of the Institute of Lawyers of São Paulo	472
— Speech of Professor Doctor Moacyr Amaral Santos, Minister of the Supreme Federal Tribunal	476
— Speech of Doctor Aureliano Leite, President of the Historical and Geographic Institute of São Paulo	481
The «11th of August» and Its 140th Anniversary	493

IN MEMORIAM.

José Barbosa de Almeida, Lawyer and Law Teacher — Oscar Barreto Filho	499
Bibliography	519





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).