





N3-41



Revista  
da  
Faculdade de Direito

# **FAACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

## **DIRETOR**

**DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA**

## **VICE DIRETOR**

**DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA**

## **CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO**

**DR. MIGUEL REALE**  
**DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO**  
**DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL**  
**DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR**  
**DR. ALFREDO BUZAI**  
**DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO**

## **PROFESSORES HONORÁRIOS**

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

## **PROFESSORES EMÉRITOS**

**DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)**  
**DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA (1869-1957)**  
**DR. REINALDO PORCHAT (1868-1953)**  
**DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)**  
**DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)**  
**DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)**  
**DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA**  
**DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOSO DE MELO NETO**  
**DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA**

## **PROFESSORES JUBILADOS**

**DR. J. J. CARDOSO DE MELO NETO**  
**DR. SPENCER VAMPRE**  
**DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA**  
**DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA**  
**DR. ALEXANDRE CORREIA**  
**DR. LINO DE MORAES LEME**  
**DR. ALVINO FERREIRA LIMA**

## **PROFESSORES CATEDRÁTICOS**

**DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA** de Direito Internacional Público  
**DR. VICENTE RÁO** de Direito Civil  
**DR. MÁRIO MASAGÃO** de Direito Administrativo  
**DR. JORGE AMERICANO** de Direito Civil  
**DR. ERNESTO DE MORAES LEME** de Direito Comercial  
**DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO** de Direito Comercial  
**DR. NOÉ AZEVEDO** de Direito Penal  
**DR. JOSÉ SOARES DE MELO** de Direito Penal  
**DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR** de Legislação Social  
**DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA** de Direito Judiciário Penal  
**DR. BASILEU GARCIA** de Direito Penal  
**DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA** de Teoria Geral do Estado  
**DR. MIGUEL REALE** de Filosofia do Direito  
**DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO** de Ciência das Finanças  
**DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR** de Medicina Legal  
**DR. CÂNDIDO MOTA FILHO** de Direito Constitucional  
**DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA** de Direito Internacional Privado  
**DR. LUÍS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL** de Direito Judiciário Civil  
**DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR** de Introdução à Ciência do Direito  
**DR. JOSÉ PINTO ANTUNES** de Economia Política  
**DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO** de Direito Comercial  
**DR. ALFREDO BUZAI** de Direito Judiciário Civil  
**DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** de Direito Civil  
**DR. NICOLAU NAZO** de Direito Civil

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

## DOCENTES LIVRES

- DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal  
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO DE MELO de Direito Judiciário Penal  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal  
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil  
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil  
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES de Direito Civil  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal  
DR. JOSÉ LOUREIRO JÚNIOR de Direito Constitucional  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e Economia Política  
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Internacional Privado  
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. VICENTE MAROTA RANGEL de Direito Internacional Público  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
DR. JOSÉ LUÍS DE ALMEIDA NOGUEIRA PORTO de Economia Política  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
DR. CAIO PRADO JÚNIOR de Economia Política  
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito  
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política  
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial  
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal  
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política  
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil  
DR. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil  
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA E COSTA JÚNIOR de Medicina Legal  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil  
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil  
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal  
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JÚNIOR de Direito Administrativo  
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social  
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

1961  
VOLUME LVI — FASC. II

EM COMEMORAÇÃO AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO  
DE JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA.



## COMISSÃO DE REDAÇÃO

### PROFESSÓRES:

Dr. Basileu Garcia.

Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira.

Dr. Miguel Reale.

### SECRETÁRIA DE REDAÇÃO:

Maria Angélica Rebello.

O PRESENTE FASCÍCULO DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DE SEUS PROFESSORES, EM COMEMORAÇÃO AO CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DE JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA.

1961  
SÃO PAULO



## HOMENAGEM

### João Arruda\*.

*Teodolindo Castiglione*

O prof. JOÃO ARRUDA foi um jurista que a uma grande cultura aliava uma grande probidade. Pelas doutrinas que irradiou da cátedra, pela multiplicidade das causas que defendeu, pela variedade das idéias que agitou como publicista e pela absoluta lealdade das suas atitudes, não é possível, em um simples perfil, ressaltarem tôdas as facetas dessa personalidade de escol. Há, porém, no conjunto das suas manifestações morais e intelectuais, traços que mais se destacam, e que, pela nitidez e pelo brilho, ferindo a retina de qualquer observador, podem refletir, embora esmaecidos, no modesto bosquejo que vos apresento.

#### O Patriota.

Em JOÃO ARRUDA há um sentimento, de que está impregnada a substância mais íntima e profunda do seu ser: o amor da pátria. Estudioso e sincero, incansável devorador de livros, familiarizado com quase todos os ramos do Direito, êle é suscetível, por certo, à medida que enriquece os seus conhecimentos, de retificar um ponto de vista ou de mudar uma opinião; mas o que nele não se altera, o que se conserva vivo e imutável, é

---

\*. Discurso pronunciado na sala João Mendes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em nome da Associação dos Antigos Alunos, na sessão solene realizada em 24 de novembro de 1944 para homenagear ao Professor Emérito João Arruda no primeiro aniversário de seu falecimento.

o patriotismo, que forma a sua corda mais sensível, uma força sempre vigilante, em torno da qual gravitam tôdas as agitações de uma consciência reta, tôdas as atividades de um cérebro esclarecido.

Invocando palavras de PLATÃO, o ilustre professor admite que o ideal é “a realidade sem defeitos”, e como sonha uma pátria, em que as imperfeições se reduzam ao mínimo, êle investe contra os que não concorrem para o aperfeiçoamento dos costumes e das instituições.

A sua pena, ora vibrante, ora irônica, critica atitudes, aponta abusos, examina situações, apresenta remédios. No fundo, porém, está o homem encantado com o homem e o solo de sua pátria.

Pode o mestre censurar a conduta daqueles que, no seu entender, falseiam a lei, conspurcam as instituições, rebaixam as boas normas de convivência social; mas tudo isso tem uma significação relativa: o que ressalta, no conjunto das suas ponderações, é que êle se orgulha da matéria prima, isto é, dos elementos essenciais que formam a nacionalidade.

A demonstração é convincente: basta lembrar-vos algumas passagens de trabalhos, que conheceis perfeitamente.

Fazendo um paralelo entre imigrantes de diversas proveniências européias, entradas em São Paulo, e o elemento nacional, escreve JOÃO ARRUDA<sup>1</sup>: “Foi aqui, foi nas terras virgens em que ombreavam filhos da Europa e da América, que se tornou fácil a comparação, *de nenhum modo desfavorável ao rústico brasileiro*”.

Se, partindo do homem rústico, elevarmos o nosso pensamento até RUI BARBOSA, essa figura suprema de intelectual e de apóstolo, em que o Brasil se revela e se encontra consigo mesmo, o confronto ainda não é desfavorável. Colocando CÍCERO e DEMÓSTENES ao lado de RUI,

---

1. O *Moloch Moderno*, 1932, p. 116.

é a êste que dá as suas preferências<sup>2</sup>. Invocando um trabalho do grande advogado, disse, textualmente, o illustre professor<sup>3</sup>: “Li, reli, manuseei, de dia e de noite, a defesa de DREYFUS, modelo de eloquência judicial, a que não sobreponho nenhuma das orações de CÍCERO”.

Mas não há necessidade de se recorrer ao passado, porque RUI BARBOSA afirmou JOÃO ARRUDA<sup>4</sup>, é “hoje talvez o maior gênio da humanidade”.

Essa a posição em que se coloca o insigne lente desta Faculdade de Direito perante os dois extremos da cultura nacional.

Assim falou do homem. E da terra? Escrevendo um artigo intitulado *Os desocupados*, asseverou o mestre<sup>5</sup>: “E seja posto em destaque que o solo da França não pode ser comparado com esta ubertosa terra brasileira, assombro de todos os europeus que mourejam nas lidas agrícolas no Velho Continente”.

E o homem e a terra não constituem elementos de hostilidade, porque êste país, disse êle<sup>6</sup>, é o “mais hospitaleiro do mundo”.

O que preocupava, insistentemente, o espírito de João ARRUDA era uma eventual agressão contra o Brasil. A sua corda patriótica, então, vibrava. Doutrinando e prevenindo, manifestava, com clareza, o seu pensamento. Em uma erudita monografia, advogava a união sul-americana, cujo objetivo era a defesa de tôdas as nações componentes. Exigia respeitassem a integridade e a honra da pátria, mas nunca pretendeu ou insinuou desprezitar a integridade e a honra de outras pátrias. Êle proclamava, sem rodeios, que a pátria era o assunto que mais o

---

2. O C.<sup>o</sup> Rui Barbosa, in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. XXII, p. 247.

3. *L. Cit.*, p. 253.

4. *Filosofia do Direito*, 1942, vol. 1.<sup>o</sup>, p. 341.

5. *Revista da Faculdade de Direito*, vol. XXVI, p. 143.

6. *Pela dignidade e segurança da Pátria*, Revista da Faculdade de Direito, vol. XXXV, p. 419.

interessava<sup>7</sup>, e por isso dava à sua doutrina a veemência de uma pregação.

O distinto publicista aconselhava que todos os cidadãos fôsem obrigados ao serviço militar, sendo cada um instruído no lugar das suas ocupações habituais. E por que ensinar o manejo das armas a todos os cidadãos? Talvez para uma guerra de conquista? Não: “para a defesa dos pátrios lares”, respondeu êle textualmente<sup>8</sup>.

Êsse o amor mais intenso que se encontra em João ARRUDA, e que era capaz de lhe perturbar a serenidade e transformar o publicista em homem de ação. E com êsse amor, nenhuma transigência é possível, porque é um estado de espírito inseparável da sua personalidade, porque o sente como uma fôrça envolvente, porque nenhum argumento tem o poder de estancar essa fonte impetuosa, que ao mesmo tempo o domina e o exalta.

Quando, porém, não se cogita da existência de atos que possam lesar qualquer interêsse brasileiro, então aparece, em sua plenitude, o amante da paz, o adversário resoluto de todos os partidários da fôrça. O patriota, entretanto, não colide com o jurista, porque êste e aquêle se harmonizam e confundem na condenação de tôdas as soluções arbitrárias, em que a violência desaloja o direito. A paz, para João ARRUDA, não é o canto ingênuo dos imprevidentes, mas uma expressão de solidariedade humana, em que os povos se aproximam como irmãos, unidos pelo seu destino comum sôbre a terra.

### O Jurista.

Bem conhece o insigne jurista os horrores da guerra, e por isso tudo faria para evitá-la. Êle sabe e sente que as lutas armadas, deixando atraz de si um cortêjo de dores e de misérias, não poupam tanto os vencidos quanto

---

7. *União Sul Americana*, Revista de Direito, vol. 71, p. 474.

8. *Do Regime Democrático*, 1927, p. 152.

os vencedores. Perante êsse quadro, apregoa a paz<sup>9</sup>. Divergindo, de maneira irredutível, daqueles que, como NIETSCHÉ e outros, fizeram a apologia da fôrça, escreveu JOÃO ARRUDA<sup>10</sup>: “Veja-se o que se passa nos povos. Assim como há entre os irracionais alguns que devoram os próprios filhos, há entre homens quem defenda as mais duras e cruéis doutrinas”. E acrescenta: “Êsses individuos que, pela brutalidade nativa, ou por uma falsa compreensão dos verdadeiros interêsses humanos, incitam os povos à luta, e proclamam que só a fôrça deve dominar, atentando exclusivamente ao resultado imediato, erram grosseiramente”.

Merece lembrado o que o ilustre jurista escreveu a respeito da última batalha de Napoleão.

Não é êste o momento para se discutir o alcance da legenda napoleônica; aludindo ao episódio mais decisivo da vida dêsse guerreiro, o meu objetivo é apenas esclarecer um traço firme da mentalidade do mestre.

Podem literatos, como CARLYLE, ZWEIG e outros, identificar a figura de NAPOLEÃO com a França, e ver em Waterloo a derrota da nação, que o grande estrategista dizia representar; para JOÃO ARRUDA, porém, a situação é outra: a derrota de NAPOLEÃO é a vitória da França. Após ter-se referido ao regime de fôrça imposto por Napoleão, disse o distinto professor<sup>11</sup>: “Pouco tempo depois raiava para a infeliz França o sol de Waterloo, onde, longe de ter ela perdido, ganhou, porque foi a vitória da causa da liberdade contra o monstro que a desgraçou, arrasando inútilmente o nobre povo francês pelos campos de batalha sangrentíssimos”.

De fato, a França, que, através de uma violenta convulsão intestinal, havia derramado tanto sangue para a

---

9. *Desarmamento e Paz Universal*, in Revista da Faculdade de Direito, vol. xxx, p. 446; *Pela paz*, in Revista da Faculdade de Direito, vol. xxxiii, p. 326.

10. *União Sul Americana*, p. 450 e 455.

11. *Do Regime Democrático*, p. 9.

implantação da liberdade sôbre o seu solo, não teve em Napoleão o herdeiro das suas conquistas, o continuador ou o realizador das suas aspirações. A sua ambição absorvente foi pouco a pouco restringindo as manifestações livres do povo francês, e de tal modo que já se podia dizer que êle representava a consciência soberana da França.

A lógica do mestre é irresistível: na derrota do usurpador está a ressurreição da liberdade.

O prof. JOÃO ARRUDA, como todos os filhos legítimos desta Casa, crê na vitória do Direito: “Estou de acôrdo com VANNI, em que o Direito se formou como fenômeno da vida; que o Direito corresponde aos fins da vida; que o Direito assegura a realização de nosso destino no mundo”<sup>12</sup>.

A despeito das guerras, que ainda ensanguentam o planeta, terem um poder de destruição maior do que as antigas, na consciência dos homens de bem a glória dos morticínios já passou. A menos que se trate de um celebrado, em cada criatura humana, individualmente considerada, não existe o culto de Caim. E não será na multiplicação do mesmo crime, que encontrareis a proclamação da sua legitimidade.

O observador mais bisonho já percebe que se vai formando, pelo mundo, uma corrente de opinião, esclarecida e firme, que não mais exalta a violência dos que perturbam as relações pacíficas entre os povos. Os que deflagram guerras injustas já passam de heróis a malfeitores: neles, a glória se transmuda em uma onda, que sempre mais se avoluma, de maldição.

Dir-se-ia que é o espírito desta Casa que triunfa. É a nossa doutrina, corporificada em acontecimentos memoráveis, que procura impor-se além das fronteiras do país.

Por aqui passaram RUI BARBOSA e RIO BRANCO: o primeiro — o defensor excelso do arbitramento e da igualdade das soberanias; o segundo — o fixador insigne dos

---

12. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 220.

limites territoriais do Brasil, precisamente êsse que, aceitando quaisquer arbitramentos, resolveu as pendências internacionais sem derramamento de sangue.

Esta, bem o sabeis, a tradição que floresceu na Faculdade de Direito de S. Paulo, e que proclama a nossa confiança nas soluções jurídicas e humanas.

Não há dúvida que, para a afirmação definitiva da nossa doutrina, a estrada a percorrer é ainda muito longa e dolorosa; mas não seremos nós, filhos desta Casa, os negadores da vitória do Direito sôbre a fôrça.

Segundo JOÃO ARRUDA, a principal função do jurista é a técnica jurídica<sup>13</sup>; mas não era só essa que preocupava a atividade mental do mestre. Comentando, por exemplo, a nossa lei cambial, recorre<sup>14</sup> “aos processos da técnica jurídica”; não é, porém, nesse terreno que se encontra o publicista vibrátil e combatente.

Na interpretação da lei, a função do jurista é mais ou menos estática, porque não há criação, mas reprodução do pensamento legal, ou adaptação ou justaposição da lei à conveniência do momento: o intérprete respeita a norma preexistente; às vêzes, amplia o seu alcance; entrelaça-a com os fatos sociais; procura, em suma, sem choques, estabelecer o equilíbrio, a harmonia, a estabilidade. Um jurista não pode ser, e não o foi JOÃO ARRUDA, um destruidor da ordem legal: “É necessário”, disse êle<sup>15</sup> “que nós todos nos conformemos com a legislação que vigora numa sociedade, que nos conformemos com as decisões dos tribunais”. Tal orientação não é só do jurista: o cidadão não pensa de outro modo. Inspirando-se em um texto romano, proclamava o mestre<sup>16</sup>: “Fanatismo pela lei, cumprimento dos seus preceitos, eis o segredo de ser livre”.

---

13. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 438.

14. Decreto n.º 2.044, de 31 de dezembro de 1908, Anotado, 1915, vol. II, *Prefacio*.

15. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 255.

16. *O Moloch Moderno*, p. 112.

Embora se não esquecesse da principal função do jurista, que o levava a respeitar a lei, JOÃO ARRUDA ia além: um espírito culto como o dêle não podia ignorar que os dispositivos legais não são eternos. Sabeis perfeitamente que um preceito legislativo é, em última análise, a imutabilidade que se encrusta em um organismo coletivo, que não para.

Não havendo grandes transformações sociais, o jurista pode, até certo ponto, conciliar a lei com o fato; mas quando o dissídio entre a lei e o fato é berrante, então o jurista, aperfeiçoando ou substituindo a norma preexistente, tem uma função mais ou menos criadora.

É elementar que transformações sociais acarretam, geralmente, transformações jurídicas. Mas não falta quem sustente se possam instituir sistemas legislativos para impulsionar ou determinar transformações sociais. O prof. JOÃO ARRUDA, que não era apologista das transformações jurídicas intempestivas, admitia<sup>17</sup> “*reformas parciais*, mas constantes”. Para êle, o ritmo das reformas legislativas devia acompanhar o ritmo das transformações sociais. Sendo estas rápidas, rápidas também aquelas: “Quero”, escreveu o ilustre publicista<sup>18</sup>, “que sejam rápidas as modificações na lei e nos institutos, de modo a acudir as exigências da febril sociedade de hoje. Trabalhar alentada e esforçadamente, eis a minha divisa”.

Quando, porém, fôrças poderosas impedem que as transformações jurídicas acompanhem as transformações sociais, qual a atitude do jurista? Recorrer, sem mais nem menos, à revolução? “Em regra”, diz o mestre<sup>19</sup>, “a revolução deve ser condenada, a revolução é uma medida extrema; as leis não devem consagrar, nos seus artigos ou nas suas disposições, o direito de revolução”.

O prof. JOÃO ARRUDA não entra em minúcias e não faz as distinções que se encontram, por exemplo, em ARIS-

---

17. *O Moloch Moderno*, p. 19.

18. *Do Regime Democrático*, p. 135.

19. *Filosofia do direito*, vol. 1.º, p. 409.

TÓTELES<sup>20</sup>; mas admite a revolução, embora excepcionalmente: “há reformas”, escreveu o eminente publicista<sup>21</sup>, “contra as quais se acautelam as classes dominantes, compreendendo o alcance delas, e, em tais conjunturas, estão prontas a derramar até a última gôta de sangue para a conservação dos seus privilégios. Então só a revolução pode vencer o obstáculo, suplantar os que se opõem ao progresso social, esmagar uma sociedade já combalida pelas idéias novas. Antes, porém, da revolução, perigosa para o povo, cumpre que os congressos legislativos e constituintes tomem medidas para que não deva o povo chegar a êsse extremo”.

Mas não é possível evitar-se a revolução? Está aqui a resposta do mestre<sup>22</sup>: “Liberalismo é sinônimo de democracia, mas só pelo aspecto prático. Há ainda uma sinonímia, que denominarei também prática, e que é a seguinte. Como o regime democrático significa o que representa a vontade popular, não se compreende revolução dentro dêle: executado com lealdade, dará satisfação ao povo e conseqüente paz”.

Aqui se começa a compreender a feição liberal do jurista. JOÃO ARRUDA não arquiteta sistemas para a legitimação de regimes de fôrça; êle crê, firmemente, nas virtudes da democracia<sup>23</sup>: “o advento da democracia pura não está longe”, afirma o democrata.

Nós todos sabemos quantas modalidades podem apresentar o liberalismo e a democracia; mas o liberalismo eficiente aos interêsses sociais é o que se harmoniza com a democracia, tal como pode ser exercida em nossos dias.

Há dois liberalismos: um, que se desenvolve e manifesta individualmente até diluir-se nas determinações que

---

20. *La política*, trad. Estevanez, Paris, L. VIII, p. 316 e segs.; *Trattato dei governi*, trad. Segni, Milão, L. VII, p. 272 e segs.

21. *O Moloch Moderno*, p. 132.

22. *Democracia e liberalismo*, Revista da Faculdade de Direito, vol. XXV, p. 358.

23. *Do Regime Democrático*, p. 15.

emanam da vontade do povo; outro, sem limitações, que se projeta para a anarquia. O primeiro estabelece um justo equilíbrio entre a liberdade individual e a liberdade da maioria; o segundo entra em choque com as deliberações coletivas, que as julga invasoras e ofensivas à liberdade, individual, considerada um direito fundamental e inalienável do homem. O liberalismo democrático agita o ambiente político e social para conquistas, que se incorporam no patrimônio de todos, e consagra a ordem, a estabilidade, o ambiente propício ao desenvolvimento harmônico da sociedade; o liberalismo anárquico, não admitindo obediência à vontade coletiva, provoca a multiplicidade de soluções, o conflito permanente de vontades, a impossibilidade de leis uniformes.

Ninguém ignora que, no momento histórico que atravessamos, a democracia não está em condições de ser exercida diretamente pelo povo, porque provocaria tumultos perturbadores: ainda, e ninguém sabe até quando, as últimas deliberações populares devem realizar-se através das delegações.

O povo elege, livremente, os seus representantes, e estes se incumbem, através das leis, de limitar a liberdade de todos: o eleitor, em suma, exercendo a sua liberdade, provoca o cerceamento dela; favorece e aceita uma coação contra um direito fundamental. É que, sendo a democracia o regime da maioria, facilmente se compreende que a vontade da maioria deve prevalecer sobre a vontade isolada de cada um.

A despeito, porém, de tudo quanto vos disse relativamente aos males que ocasionaria o liberalismo anárquico, este fica sempre à espreita para se impor. A renúncia, mesmo parcial, à liberdade é sempre um sacrifício que se imola em benefício dos interesses coletivos. Se a sociedade não ficasse prejudicada em virtude das imposições do liberalismo anárquico, este deveria ser prestigiado em toda a sua plenitude: o respeito à liberdade individual deverá crescer à medida que os indivíduos,

pela instrução e pela educação, souberem manifestar uma vontade simultâneamente livre e benfazeja.

O Estado concretiza, nas democracias, a vontade popular, embora imponha, nas mais variadas atividades governamentais, não poucos deveres, que não passam de coações à liberdade isolada de cada cidadão. Êste, submetendo-se, não ignora que a limitação imposta à sua liberdade é compensada por uma grande soma de benefícios, que recebe do Estado; mas o desejo de cada um é usufruir todos os benefícios sociais sem sacrifício da liberdade individual. Dai o trabalho, em diversas direções, para a preparação de um ambiente social que diminua, pouco a pouco, sem choques, a intervenção do Estado sôbre os indivíduos, e aumente a liberdade dos individuos não em oposição ao Estado, mas dispensando-lhes a ingerência.

O pensamento liberal e democrático de JOÃO ARRUDA não ressalta de algumas palavras isoladas, mas de visão panorâmica do que êle escreveu: então se notará o sentido da sua doutrina. O ilustre publicista é favorável ao exercício da liberdade individual, que deve ser restringido<sup>24</sup> quando evidente a necessidade de limitação. Acompanhando diversos autores, diz o mestre<sup>25</sup> “cumpre reduzir ao mínimo a interferência do Estado na vida do povo”. Levando tal princípio até às últimas conseqüências, JOÃO ARRUDA não trepida em admitir o seguinte<sup>26</sup>: “para mim, o Estado, qual o conhecemos, é uma forma de organização social transitória, que poderá ser, no futuro, substituída por outra, como veio substituir à *civitas*”.

Pelo que reproduzi e se poderia reproduzir, o pensamento do distinto publicista fixa-se, principalmente, sôbre a liberdade individual: o Estado tem função supletiva, ou se manifesta nos casos em que é ineficiente a liberdade isolada. As limitações legais e as delegações popu-

---

24. *O Moloch Moderno*, p. 102.

25. *Do Regime Democrático*, p. 47.

26. *O Moloch Moderno* p. 40.

lares, por exemplo, são necessárias e legítimas não porque se pretenda restringir a liberdade individual, mas porque constituem, atualmente, os meios mais eficientes para o bem coletivo e para o exercício, embora parcial, da própria liberdade, num equilíbrio de atividades individuais que não deprime os indivíduos, porque, repudiando usurpações, consagra um princípio geral de igualdade entre todos.

O pensamento de JOÃO ARRUDA não se detém; anseia por uma igualdade maior entre os componentes da sociedade<sup>27</sup>: “Uma alteração profunda, pois”, diz êle, “me parece indispensável na luta que as classes naturalmente travam entre si: não procurar acirrará-la, mas diminuir-lhe os danos que da desunião fatalmente resultam. O escopo desta luta, devidamente abrandada, será, no meu entender, não o *exterminio de uma classe*, mas o *nivelamento de tôdas*”.

Bem se percebe a amplitude do pensamento do mestre... A democracia é um regime pacífico que, coordenador da vontade geral, reconhece e acata as transformações da sociedade. O antagonismo, por exemplo, que se proclamou entre os princípios democráticos e os princípios socialistas<sup>28</sup>, pouco a pouco se atenua. Há experiências sociais que se vão impondo no cenário da civilização contemporânea: a democracia pode introduzi-las, adaptá-las ao ambiente social de cada povo, e, até, em certas situações melhorá-las. O que à democracia não cabe renunciar, por ser essencial à sua existência, é a imposição de quaisquer reformas à revelia daqueles que as recebem: a democracia esclarece e ausculta a vontade da maioria; garante-lhe plena liberdade de manifestação; concretiza as resoluções tomadas. É sempre o povo, porém, diretamente, ou por delegações, que decide. Assim interpretada, a democracia é um regime que tem a vir-

---

27. *O Moloch Moderno*, p. 134.

28. *Brunialti*, Introdução ao Estado, de Woodrow Wilson, Turim, 1921, p. 57.

tude de canalisar, pela sua maleabilidade, as reformas que o povo julga mais convenientes, sem nenhuma necessidade de usar do recurso extremo da revolução.

Admita-se que, em uma democracia, haja, como acontecia com o prof. JOÃO ARRUDA, um adversário do capitalismo, disposto a promover uma campanha para uma limitação maior do capital. Em outras fileiras, há democratas que discordam: um, influenciado por doutrina esquerdista, bate-se pela supressão do capital particular; outro, convencido da necessidade da iniciativa individual para o maior desenvolvimento da riqueza em um país novo, julga um dever patriótico o fortalecimento do capitalismo. A democracia, em virtude da sua flexibilidade, não desaparece, não se anula perante a vitória, consagrada livremente pela maioria, de uma das três soluções, porque a essência democrática se manteve inalterável no respeito à deliberação geral. E a minoria vencida, que concorreu em igualdade de condições com a maioria vencedora, sabe, mercê das suas convicções democráticas, que a sua liberdade, como os cursos d'água que desaparecem no volume dos rios caudalosos, se perde na resolução da maioria, que impõe na sociedade o cunho pacífico da sua vontade definitiva e dominadora.

### A Probidade.

Uma das facetas mais impressionantes de JOÃO ARRUDA, e que ressalta imediatamente, é a proibidade. Sente-se que êle é incapaz de um deslize, de um ato insincero, de uma attitude duvidosa. Publicista, professor, advogado, cidadão, homem, é sempre a mesma conduta ilibada, sempre revelando a mesma lisura, corajosa e intrépida, nas manifestações do seu pensamento e da sua vontade. Falta-lhe a manha, a tortuosidade, o ardid dos que se lançam nas lutas quotidianas, decididos a conseguir pela astúcia o que lhes não é lícito conquistar pelo saber e pela dignidade. Não tem duas, três, quatro morais, por-

que a sua individualidade é um bloco inteiriço, que não se fragmenta. Sempre pronto a entrar na liça para defender ou sustentar as suas convicções, não se guia, entretanto, pelo capricho: quando reconhece um êrro, proclama-o com tôdas as letras, sincera e abertamente.

O prof. JOÃO ARRUDA pertencia “ao número dos que entendiam ser um êrro a criação do curso superior de altos estudos em nossas Faculdades de Direito”. A experiência pessoal provou-lhe o contrário. O mestre não se limita a comunicar a íntimos o que verificou no decorrer das suas preleções no curso que se instituíra; torna público a sua observação<sup>29</sup>: “Julgo, pois”, confessa lealmente, “julgo, pois, mudando de opinião, visto como supunha que a alta cultura deveria ser um empreendimento individual, e não coletivo, deve ser mantido o curso de doutorado”.

No ano seguinte, em 1935, êle insiste<sup>30</sup>: “Seja, porém, com que sacrifício fôr, o doutorado deve ser mantido”.

Em JOÃO ARRUDA, a vocação para o magistério era irresistível, e daqui a pouco veremos de que modo o entendia e o exerceu.

Depois de provas públicas, que se tornaram famosas, entrou para esta Faculdade prestigiado pela votação unânime da Congregação. Em uma encantadora conferência sôbre PINTO FERRAZ, disse o brilhante colega PELÁGIO LOBO: “...o concurso de JOÃO ARRUDA, que entrou para esta Congregação “dera penacho”, num prélio renhido, em que a sua vasta erudição ainda mais se acentuou pela altura e valor dos seus opositores”.

JOÃO ARRUDA compreendia, com incontestável superioridade, os altos deveres que a cátedra lhe impunha. Mas não só os compreendia; praticava-os admiravelmente. Antes de lembrar-vos com que probidade exerceu o magis-

---

29. *O curso de doutorado*, Revista da Faculdade de Direito, vol. xxx, p. 175 e 177.

30. *O doutorado*, Revista da Faculdade de Direito, vol. xxxi, p. 298.

tério, deixemos que êle se defina a si mesmo<sup>31</sup>: “Árdua”, escreveu o mestre, “árdua é a missão do professor. Fala, prega, para discípulos sempre propensos a receberem sem crítica as lições. Exerce sôbre o auditório uma fascinação. Nos bancos dos ouvintes só pode encontrar pessoas dispostas a, com acentuada passividade, aceitarem como verdade quanto sai dos lábios do mestre. É pois muito maior a responsabilidade do doutrinador a quem a sociedade confiou uma cátedra, do que a daquêle que escreve um livro, destinado a leitores quase sempre inclinados à crítica, ao exame severo de tôdas as teses do autor. Eis por que motivo moderados são os professôres conscienciosos, ao sementearem suas idéias, certos, como se acham, de que seus discípulos são semelhantes à cera nas mãos do modelador”.

Em um rápido perfil como êste não cabe a apreciação do conteúdo das doutrinas, que o mestre ensinou, nem a investigação das fontes, de que êle se utilizou para as suas magníficas preleções: aqui só se reproduzem alguns traços salientes de um professor que, pela sua ilustração e pelo seu apurado senso moral, muito honrou esta Casa.

Da cátedra, JOÃO ARRUDA não ensinou apenas enciclopédia jurídica ou filosofia do direito; foi além: irradiou, a despeito da vibratilidade do seu temperamento, moderação e serenidade. Não há dúvida que êle tinha, e seria inexplicável que os não tivesse, os seus pendores, as suas predileções jurídicas e filosóficas; mas isso nunca evitou expusesse o seu pensamento com inequívoca nobreza, sem ferir, maldosamente, quem adotasse princípios diferentes.

JOÃO ARRUDA sabia distinguir, com perfeita nitidez, a fascinação das inteligências privilegiadas das doutrinas que sustentam.

Como sabemos, o ilustre professor era adversário irreductível de tôdas as tiranias e de todos os despotismos. Em seus livros intitulados *Do Regime Democrático* e *O Moloch Moderno*, investe contra o poder excessivo do

---

31. *Do Regime Democrático*, p. 3.

Estado; sustenta que se devem reduzir ao mínimo as delegações populares, a ponto de reclamar, mais de uma vez, o juri no cível; reprovava, em suma, tudo o que restringe, sem utilidade manifesta, a independência, a iniciativa particular, a exteriorização do pensamento daqueles que formam essa entidade coletiva, que é o povo.

Referindo-se a uma parte do sistema de IHERING, disse JOÃO ARRUDA<sup>32</sup>: “faz a apologia de tôdas as tiranias e de todos os despotismos”. Mas não é só uma parte que o mestre repele<sup>33</sup>: “O que me impressionou mais”, afirma da sua cátedra, “o que me impressionou mais é a organização dêsse sistema, em que IHERING se mostra fanático do direito da fôrça”. Ainda<sup>34</sup>: “é meu dever prevenir os senhores de que se acautelem contra os sofismas de IHERING”. E quanto à escola histórica de SAVIGNY<sup>35</sup>: “É isso, verdadeiramente, fatalismo”, proclama o professor, que acrescenta: “Essa escola, que defende a regra de *deixar fazer e deixar passar*, de aceitar tôdas as barbaridades, todos os erros proclamados pelo espírito público, pelas massas ignorantes, é a escola do fatalismo”.

A aversão que JOÃO ARRUDA nutria contra uma doutrina, que sustentava o direito da fôrça, e a divergência que o distanciava da escola de SAVIGNY, não impediram, entretanto, que o mestre dissesse aos seus alunos as seguintes palavras testuais<sup>36</sup>: “IHERING era um gênio colossal, a equiparar-se com SAVIGNY. São, creio, os dois primeiros gênios do século XIX”.

Segundo, em linhas gerais, o pensamento spenceriano, é evidente que JOÃO ARRUDA não podia afirmar, em suas preleções, que estava filiado à escola teológica. Mas esta não era objeto de ridículo. O professor, não ignorando o esforço inútil da mente humana para resolver,

---

32. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 160.

33. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 171.

34. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 161.

35. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 130.

36. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 131.

por si mesma, os problemas primários do Universo, não desencorajava aquêles que, inspirados na fé, recorriam à Revelação.

Dir-se-ia que, no fundo da consciência do mestre, havia uma crença, que o elevava até ao Ente Supremo, e lhe impedia condenasse o sentir daqueles, que descansavam a sua razão impotente na consoladora convicção da existência de um Deus, criador de todos os seres.

Espírito tolerante e imparcial, e sem nenhuma incoerência em face da doutrina que adotava, o mestre não deixou de esclarecer, inequivocamente, os seus alunos, transmitindo-lhes as seguintes palavras<sup>37</sup>: “não sou adversário da religião”. E sem dúvida não o era, porque a sua inteligência, aberta e compreensiva, era capaz de apreciar e avaliar tôdas as convicções honestas e sustentáveis.

Nas aulas de JOÃO ARRUDA havia a mais absoluta liberdade. Sendo êle liberal, ou melhor, ultraliberal e democrata, sabendo da sugestão que exercia sôbre os ouvintes, as suas preleções não eram a manifestação de uma vontade despótica, mas a irradiação benéfica da mente esclarecida de um guia seguro e moderado, que não se aproveitava da proeminência da sua cátedra para impôr, arbitrariamente, doutrinas jurídicas ou sociais. Professor, e ilustre, ninguém, melhor do que êle, no ambiente que iluminava, estava em condições de provar, e o provava nitidamente, que a liberdade de um não devia invadir ou menosprezar a liberdade de outros.

Nas aulas de JOÃO ARRUDA havia, em suma, lugar para tôdas as crenças e tôdas as doutrinas, porque o mestre insigne, consciente da sua alta missão, sabia, e superiormente, que não seria com o amordaçar a inteligência dos alunos que se podia estimular e desenvolver a cultura jurídica e filosófica nesta casa veneranda de tradições liberais.

---

37. *Filosofia do Direito*, vol. 1.º, p. 77.

Antes de terminar, permiti vos lembre, nesta festa de saudade, um episódio jocoso.

Perdoar-me-eis fale de mim mesmo, embora não ignore a deselegância que sempre transparece em quem coloca o seu *eu* insignificante no meio de assuntos sérios...

Mas, ex-discípulos desta Escola, e tendo a honra, que tanto me desvanece, de falar em nome da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito, revive em mim o passado, e sinto que esta casa também é minha...

De fato, nenhuma outra casa espiritual tenho, que não seja esta... E, achando-me como que em família, que mal há que, até eu, fale de mim mesmo?

No ano de 1914, estudantes cariocas visitaram esta Faculdade. Querendo assistir à aula de um grande lente, entraram na sala em que o prof. JOÃO ARRUDA ensinava filosofia do direito, quando pronunciava a sua lição. Era necessário se escolhesse um orador, e a escolha recaiu sobre mim, o que vos mostra que a minha tendência para a tagarelice não é de hoje..

Simple calouro, afoguei-me como pude na saudação que proferi em homenagem aos cariocas... Em dado momento, porém, não encontrando nenhum ramo de oliveira que me salvasse, agarrei-me, em um ato de desespero, equivocando-me lamentavelmente, em uma opinião da ilustrada cadeira. .

O prof. ARRUDA, com a sua habitual gentileza, permitiu que, sem nenhuma interrupção, concluísse o meu discurso; mas depois, embora não censurasse a saudação, provou que o havia citado erradamente... Não me animei a retrucar, porque, com a explicação do mestre, logo reconheci o meu equívoco.

Como, porém, entre pirralhos nem sempre falta camaradagem, uma revista, chamada precisamente *O Pirralho*, que então se publicava em São Paulo, noticiando o ocorrido, disse, em o número de 4 de julho do referido ano, o seguinte: “Dizem na Faculdade que o calouro embatucou com o ARRUDA, e revelou rara erudição filosófica”.

Havendo, entretanto, na mencionada revista, uma seção intitulada *Cemitério Acadêmico*, fui logo enterrado, impiedosamente, no dia 25 do mesmo mês, sem que se salvasse nenhum fragmento da minha proclamada erudição filosófica...

Está aqui, em verso, o epitáfio:

“Jaz, sob esta lage muda,  
(Ó leitor, não se impressione!)  
Um grande *amigo* do Arruda,  
— Teodolindo Castiglione!...”

### O Advogado.

JOÃO ARRUDA foi advogado combativo, que defendia as suas causas extremadamente, com inteira dedicação e competência. Mas não só advogado nas demandas que lhe eram confiadas; advogava os interesses da classe; preocupava-se com a dignidade, o relevo, a sorte daqueles que haviam abraçado a mesma profissão.

O mestre sugeria se desviassem alguns rapazes da cultura jurídica, onde havia perigo de pletora, destinando-os ao estudo de eletricidade e de química<sup>38</sup>, e isso com o intuito de evitar que a mocidade entrasse para uma carreira, em que, pela crescente concorrência entre os que a compõem, não pudesse adquirir o necessário para uma vida confortável.

A formatura em direito como que inutiliza para trabalhos modestos: “Até louco”, escreveu textualmente JOÃO ARRUDA<sup>39</sup>, “até louco será considerado o bacharel que se apresentar a um negociante, pedindo-lhe um emprêgo no balcão”.

---

38. *Proletariado intelectual*, Revista da Faculdade de Direito, vol. XXXI, p. 223.

39. *Profissões Liberais*, Revista da Faculdade de Direito, vol. XXV, p. 336.

A diminuição, não a extinção de bacharéis, é que êle pleiteava, porque o eminente jurista estava convencido de que <sup>40</sup> “a advocacia atravessará os séculos, zombando da ação do tempo”.

Nobre a missão do advogado: “É êle”, escreveu João ARRUDA <sup>41</sup>, “que imprime movimento à vida jurídica, e ai dela se o advogado se corrompe, porque será a consequência disto a corrupção de todo o organismo judiciário”.

Homem de bem, o mestre só acreditava na vitória do bem. Exemplo de lisura e de intrepidez, nenhuma estranheza pode causar que êle sentisse, intensamente, as qualidades de que estava impregnada a sua personalidade.

Não se tratava de virtudes superficiais, apenas existentes à flor da pele; eram fôrças morais que, exercendo um império incontestável em sua conduta, lhe apontavam a estrada luminosa do dever.

O que ides ouvir, seja qual fôr o grau de veracidade que, como observação geral, encerra, é a afirmação reveladora de um otimismo sadio, de uma consciência tranqüila e honrada.

“Nunca vi”, disse o ilustre causídico <sup>42</sup>, “nunca vi, por mais que ouça da fortuna mal adquirida na advocacia, um só exemplo de advogado deshonesto que *morresse rico*”.

Nenhuma referência farei aos numerosos pleitos, em que funcionou; lembrarei apenas que foi um trabalhador infatigável, cujo cérebro esteve sempre em efervescência até aos últimos momentos da vida.

JOÃO ARRUDA faleceu na manhã de 18 de novembro de 1943. Nos dias anteriores, a despeito do estado precarissimo de sua saúde, não deixou de lado as demandas, que estavam sob o seu patrocínio. A sua atividade mental desenvolve-se na cama, que o prende. As fôrças

---

40. *Quarenta anos de vida forense*, 1921, p. 223.

41. *Quarenta anos de vida forense*, p. 29.

42. *Quarenta anos de vida forense*, p. 29.

diminuem; a letra se torna, pouco a pouco, menos firme; já se observam traços indecisos e trêmulos. Mesmo na véspera do desenlace, ainda arrazoa, de próprio punho, no leito de morte, uma causa, que mais tarde seria vencedora.

Embora o momento fatal se aproxime, o advogado não trata da defesa de si mesmo; como que escrevendo com as últimas gotas do seu sangue, prefere defender o direito de um terceiro: transmite, assim, as suas derradeiras vibrações, para serem ouvidas mais tarde, enquanto a vida se dirige para o ocaso e se esvai.

Não podendo mais prosseguir no esforço heróico que o consome, deixa a caneta e o papel. O médico, cuja missão estava terminada, é substituído pelo sacerdote, e o moribundo aceita a extrema unção que lhe oferecem. Depois, até à manhã do dia seguinte, aquela boca, que havia irradiado, durante tantos anos, preleções magistraes, emudece para sempre.

Mas a melhor lição, a lição que nós, os seus discípulos, recolhemos do mestre, é a lição que não foi pronunciada: a lição que emana da sua vida, admirável pela fé no Direito, fecunda pelas manifestações intelectuais, sugestiva e empolgante pelo exemplo de probidade, de trabalho e de perseverança, que nos legou.

### A Faculdade de Direito de São Paulo.

Mais algumas palavras, e terminarei. JOÃO ARRUDA era professor emérito da Faculdade de Direito de S. Paulo. Esse título bem o mereceu, porque emérito, de fato, êle sempre o foi na escola, a que deu tanto saber.

Nas suas preleções e nos seus escritos, há traços que comovem. O prof. ARRUDA raramente se refere ao seu antigo lente JOÃO TEODORO XAVIER e ao seu antecessor, o grande PEDRO LESSA, sem uma palavra de elogio ou de saudade. Embora de idéias avançadas, êle amava esta Casa e venerava as suas tradições.

Um dia, JOÃO ARRUDA lê a seguinte afirmação de um ministro: “nunca tivemos professôres de direito”. O eminente publicista não se detém, e responde<sup>43</sup>: “sòmente direi”, estas as suas palavras textuais, “sòmente direi a impressão que tenho dos grandes mestres da Faculdade de S. Paulo, que, em tempos passados, iluminaram as cátedras donde pontificaram, sendo voz geral que qualquer dos de primeira ordem, como o foram CARRÃO e CRISPINIANO SOARES, poderiam ombrear com as sumidades do magistério do Velho Continente”. E não recorre sòmente ao passado; invoca professôres recentes, que enriqueceram a nossa cultura jurídica.

Há, nesta Casa, um ar de família, alguma coisa que atrai a todos, e a todos confraterniza.

Não importa que, na Congregação, haja tomistas e spencerianos, reformistas e conservadores, e os temperamentos mais variados: todos, porém, representam a mesma herança excelsa e todos se confundem e entrelaçam quando se procura abalar o alicerce dêste Templo.

As sombras tutelares dos primeiros sacerdotes do Convento, que iniciaram a vida espiritual desta Casa, ainda perambulam nos corredores da morada secular e insigne.

Depois, vieram outros... Êstes já não são anacoretas silenciosos, que encontram a sua fôrça e a sua glória na oração, na humildade, na renúncia a tôdas as alegrias profanas; são pregadores que descem e se misturam no borborinho, no tumulto, nas aspirações das turbas, que se agitam; não se afastam da sociedade, que se movimenta e trepida: nela penetram como orientadores e como células viventes.

Os novos moradores derrubaram e reconstruíram as paredes materiais do Templo; deram-lhe um novo aspecto; mas não destruíram o espírito cristão, que aqui se implantou. Entre os habitantes de ontem e os de hoje, não há dissídio fundamental: para todos, francis-

---

43. *Professôres de Direito. Outrora e hoje*, Revista da Faculdade de Direito, vol. XXXIII, p. 309.

canos e juristas, a luta não é o assassinio, a conquista não é a usurpação, a serenidade não é a apatia, a vitória não é a espoliação dos direitos de outros homens. O combate, aqui, é uma fôrça benéfica de aperfeiçoamento individual e coletivo, que se inspira num idealismo construtor e transbordante, que é o elo que liga o presente ao passado.

É, douta Congregação e meus senhores, a alma imortal desta Casa, que, através de tôdas as vicissitudes, está sempre vigilante; e resiste, e vibra, e se impõe, e a todos envolve e fascina, e sempre pronta a encher o espaço com o clamor das suas campanhas memoráveis, e disposta, resolutamente, a guiar tôdas as gerações, lentes e alunos, na estrada luminosa por que trilharam os artífices da nossa tradição, que é o patrimônio moral e intelectual mais glorioso desta terra.

# Bibliografia de João Braz de Oliveira Arruda \*.

*As referências numéricas são do fichário da Biblioteca da Faculdade de Direito da USP.*

## Obras

1. *Ação de enriquecimento* — Secção de obras de “O Estado” — São Paulo 1919 — 1.º volume — S5-26-14.
2. *Advogados em inventarios e partilhas — O código de processo em elaboração* — E. G. da “Revista dos Tribunaes” — São Paulo — 1936 — 1 folheto — N5-26-27.
3. *Arresto* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Agravo numero 3.732 — Ribeirão Preto, (memorial) — Typ. Espindola, Siqueira Cia. — S. Paulo — 1904.
4. *Caução de letra* — Comarca de Rib. Preto — *Ação decendiaría* (razões finais) Typ. Carlos Gerke Cia., São Paulo 1898 — 1 folheto — S5-23-20.
5. *Competencia do juiz para interpretar clausula testamentária*, Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação numero 5.077, Ribeirão Preto, (memorial) — Esc. Prof. Salesianas — São Paulo — 1907 — Q14-26-2.
6. *Competencia da justiça federal*, Supremo Tribunal Federal — Embargos — Recurso extraordinário numero 1.032 — (memorial) — Secção de obras de “O Estado” — São Paulo — 1918 — 1 folheto — S1-25-20.
7. *Conta-Corrente com garantia hipotecaria* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Embargos — Ribeirão Preto — (arrazoadado) — Typ. da Companhia Industrial — São Paulo — 1900 — 1 folheto — S5-23-23.
8. *Cumplicidade de Roubo* — Discurso proferido em defesa de José Rodrigues, Adolpho Solingre e outros — Tribunal de Jury de Campinas — Typ. de Carlos Gerke Cia. — São Paulo — 1898 — 1 folheto — S5-23-20.

---

\* Na redacção desta bibliografia foi conservada a ortografia original dos trabalhos.

9. *Da Responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas* — Augusto Siqueira & Comp. — São Paulo — 1917 — 1 folheto — S14-25-21.
10. *Decreto numero 2.044 de 31 de Dezembro de 1908* — anotado — Escolas Prof. Salesianas — São Paulo — 1914-1915 — 2 volumes — R12-25-35 e 36.
11. *Defesa na Ação Cambial* — Parte Pratica — Typ. Siqueira, Nagel Cia. — São Paulo — 1914 — 1 volume — S3-23-7.
12. *Defesa Crime* — Discurso proferido a 7 de maio de 1912, perante as Câmaras reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, em defesa do Dr. Geraldo Leite de Magalhães Gomes, Juiz de Direito de Bananal — Estabelecimento Gráfico Universal — São Paulo — 1912 — 1 volume — P9-12-21.
13. *Defesa do juiz de direito de Baurú, dr. Rodrigo Romeiro no processo movido contra o mesmo pela Procuradoria Geral do Estado perante o Egrégio Tribunal de Justiça* — sem mencionar editor e lugar — sem data — 1 folheto — S13-11-46.
14. *Defloramento* — Elementos do delito — Sedução — Tribunal de Justiça de São Paulo — Recurso Crime — (memorial) — Typ. de Espindola, Siqueira & Cia., — São Paulo, — 1904 — 1 folheto — S3-23-7.
15. *Defloramento* — Sedução — Comarca de Ribeirão Preto (defesa crime) — Typ. da Casa Beschizza — Ribeirão Preto — 1904 — 1 folheto — S3-23-7.
16. *Demarcação* — Vistoria — (impugnação de embargos) — sem mencionar editor — São Paulo — 1916 — 1 folheto — S3-23-7.
17. *Desapropriação por necessidade e por utilidade publica* — É materia de direito publico — Indenização prévia — Tribunal de Justiça de São Paulo — Embargos n. 10.599 — (razões) sem mencionar editor — Rio de Janeiro, 1921 — Com pareceres de Ruy Barbosa — Clovis Bevilacqua — Lacerda de Almeida — Eduardo Espinola — Alfredo Bernardes da Silva — Carlos Maximiliano — Araujo de Castro — Paulo de Lacerda e Martinho Garcez — 1 volume — S3-23-7.
18. *A desapropriação da São Paulo Northern* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Embargos n. 10.599 — (razões da embargante — São Paulo Northern Railroad Co.) Com pareceres de Ruy Barbosa — Alfredo Bernardes — Eduardo Espinola — Clovis Bevilacqua — Lacerda de Almeida — Araujo de Castro — Carlos Maximiliano — Paulo de Lacerda e Martinho Garcez — Rio de Janeiro — 1921 — 1 folheto — S11-21-1.

19. *O Direito romano e o seu método* — Typ. Andrade Mello — São Paulo — 1903 — artigo publicado na Gazeta Juridica — volume XXXIII — n. 1 — 1 folheto — P11-13-17.
20. *Do Casamento* — Typ. C. Manderbach & Co. — São Paulo — 1911 — 1 vol. — N10-14-17.
21. *Do Regimen democratico* — São Paulo Editora Limitada — São Paulo — 1 vol. — Q8-25-25.
22. *Effeitos da apellação* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Comarca de Rib. Preto — Aggravo de instrumento — Ação decendiaria — (memorial) — Typ. Casa Beschizza — Ribeirão Preto — 1905 — 1 folheto — S5-23-4.
23. *Estudo juridico-philosophico* — Typ. Monitor Paulista — Bananal — Est. de S. Paulo — 1881 — publicado quando quinta-nista da Faculdade de Direito — 1 vol. — S10-14-29.
24. *Executivo fiscal pendente de julgamento* — Interpretação do artigo 185 da Constituição Federal: a proibição constitucional de não poder o imposto ou taxa ser elevado além de 20% se aplica aos casos anteriores á promulgação da Constituição Federal desde que a cobrança judicial não tenha sido iniciada — Executivo fiscal pendente de julgamento — Juizo de direito da 9.<sup>a</sup> vara civil da capital — Empresa Grafica da “Revista dos Tribunaes” — São Paulo — 1935 — 1 folheto — S11-23-35.
25. *Fallencia* — Excussão de objecto hypothecado — Pagamento das custas da excussão e do processo falimentar — Tribunal de Justiça de São Paulo — Carta testemunhavel numero 8.137 — Capital — (memorial) — Casa Espindola — São Paulo — 1916 — 1 folheto — S3-23-7.
26. *Falencia fraudulenta* — Juizo de Direito de Rib. Preto — (memorial) — Duprat Cia. — editores — São Paulo 1905 — 1 folheto — S5-23-4.
27. *Fideicomisso* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apellação civil numero 6.502 — Capital — (memorial) sem mencionar editor — São Paulo — 1911 — 1 folheto — S3-23-7.
28. *Filosofia do Direito* — 3.<sup>a</sup> edição — São Paulo — Faculdade de Direito — 1942 — G1-12-2 e 3.
29. *Honorarios de advogado* — Acção ordinaria civil — Comarca de Ribeirão Preto — (arrazoado) — Typ. Carlos Gerke — São Paulo — 1898 — 1 folheto — S1-23-13.
30. *Honorários de advogado* — Nulidade por falta de citação do marido de uma menor que foi citada como menor pubere — Comarca de Ribeirão Preto — Ação ordinaria civil — (alega-

- ções) — Typ. Carlos Gerke — São Paulo — 1898 — 1 folheto — S5-23-20.
31. *Honorarios medicos* — Tribunal de Justiça de São Paulo — 1894 — 1 folheto — S5-23-22.
  32. *Hypoteca* — Escritura passada por escrivão incompetente — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação cível numero 4.005 — Ribeirão Preto — (memorial) — Typ. Selesiana — São Paulo — 1904 — 1 folheto — S3-23-7.
  33. *Imissão de posse contra o executado em arrematação, negada por ter sido julgada absoleta pelo despacho agravado* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Agravo — (memorial) — Casa Graphica — São Paulo — 1914 — 1 folheto — S3-23-7.
  34. *Indice das leis mais notaveis do Estado de São Paulo até dezembro de 1929* — Empresa Grafica “Revista dos Tribunaes” São Paulo — 1931 — 1 folheto — S7-24-38.
  35. *Injurias impressas* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação crime — Comarca de Rib. Preto — (memorial) — Escola Typografica Salesiana — São Paulo — 1904 — 1 folheto — S3-23-7.
  36. *Inventario* — Partilha — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação cível numero 6.673 — Capital — (memorial) — Typ. de Rotschild Cia. — 1911 — 1 folheto S3-23-7.
  37. *Letra de cambio sancionada em garantia de conta corrente* — Efeitos do endosso — (Razões finais) — Sem mencionar editor — Ribeirão Preto — 1898 — 1 volume — S3-23-7.
  38. *Letra de cambio sem menção de causa* — Quando o titulo não vencido dá lugar a arresto — Deposito em pagamento — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação numero 4.928 — capital — (memorial) — Escolas Profissionaes Salesianas — São Paulo — 1907 — 1 folheto — S5-23-4.
  39. *Mandato* — Renuncia do advogado mandatario por não ter o mandante recursos precisos para cumprir o mandato — Tribunal de Justiça de São Paulo — Agravo de instrumento numero 2.520 — Ribeirão Preto — (alegações) — Typ. da Cia. Industrial — São Paulo — 1900 — 1 folheto — Q16-26-11.
  40. *Meios de reconhecimento da filiação natural* — Estado e prova de estado — Confissão — Tribunal de Justiça de São Paulo — Apelação numero 3.950 — Ribeirão Preto — (memorial) — Typ. Espindola — Siqueira Cia. — São Paulo — 1904 — 1 folheto — S3-23-7.
  41. *O Moloch moderno* — Estudo da crise do Estado moderno — São Paulo Editora Ltda — São Paulo — 1932 — 1 volume — Q6-26-29.

42. *Móra* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Agravo numero 2.575 — Ribeirão Preto — (memorial e contra-minuta) — Typ. da Companhia Industrial — São Paulo — 1901 — 1 folheto — S5-23-23.
43. *Opiniões de juriconsultos nacionaes, a respeito das obras publicadas pelo Dr. Spencer Vampré* — Livraria Magalhães — São Paulo — 1917 — 1 folheto — S12-25-6.
44. *Patrio Poder* — Siqueira, Nagel Cia — São Paulo — 1912 — 1 folheto — T4-13-19.
45. *Filosofia do Direito* — Publ. da Fac. de Direito da Univ. São Paulo — Empresa Grafica “Rev. dos Tribunaes” — 1942 — 3.<sup>a</sup> edição — 2 volumes — S12-13-5 e 6.
46. *Filosofia do direito* — Typ. Piratininga — São Paulo — 1915 — Preleções taquigrafadas por Manuel Alves de Souza — 2.<sup>a</sup> edição — 1 volume — R5-13-23.
47. *Preleções de Filosofia do Direito* — sem mencionar editora — São Paulo — 1908 — 1 volume P4-15-29.
48. *Prevaricação* — artigo 207 — do codigo penal — Discurso proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, em favor do juiz de direito do Bananal — (defesa crime) — Estabelecimento Grafico Universal — São Paulo — 1912 — 1 folheto — Q16-26-11.
49. *Programma de ensino do curso de philosophia do direito da 1.<sup>a</sup> cadeira do 1.<sup>o</sup> ano, da Faculdade de Direito de São Paulo* — Typ. Siqueira — São Paulo — 1930 — 1 volume — S2-27-33.
50. *Proletariado intelectual* — O chômage intelectual — Memorias apresentadas ao Conselho da Ordem dos Advogados — Empresa Grafica da “Revista dos Tribunaes” — São Paulo — 1935 — 1 folheto — S11-23-23.
51. *Quarenta annos de vida forense* — Escolas Profissionais Salesianas — S. Paulo — 1921 — 1 volume — Q10-25-27.
52. *A questão dos telefones automáticos* — agravo n. 8.184 — memorial explicativo do pleito com todas as vicissitudes — sem indicações — 1 volume — de folhetos — P9-12-2.
53. *Questões de dominio* — Vicios de escrituras — Tribunal de Justiça de São Paulo — Embargos numero 13.021 — Rio Preto — (allegações) — Secção de obras do “O Estado” — São Paulo, — 1927 — 1 volume — S14-20-7.
54. *Respeito á Constituição* — Empr. Graf. Rev. Tribunaes — S. Paulo — 1935 — 1 folheto — O11-15-19.
55. *Retenção de autos* — Trib. Justiça de S. Paulo — Agravo de petição — Capital — (minuta) — Typ. Maré, Monti & Co. — São Paulo — 1911 — 1 folheto — S3-23-7.

56. *Sessenta annos de vida forense* — São Paulo — 1950 — B2-33-15.
57. *Simplificação processual* — Typ. Siqueira — Nagel Cia. — S. Paulo — 1915 — 1 folheto — S5-23-6.
58. *Só o devedor com firma inscripta no registro do commercio pôde requerer a immissão de seus credores na posse da totalidade dos bens presentes* — Tribunal de Justiça de S. Paulo — Agravo — Amparo — (memorial) — Typ. da Companhia Industrial — São Paulo — 1895 — 1 folheto — S5-23-21.
59. *Sugestões apresentadas ao ante-projeto do Código do Processo Civil e Commercial* — Imprensa Nacional — 1936 — 1 volume — P7-10-15.
60. *Tentativa de Morte* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Recurso crime — Ribeirão Preto — (memorial) — Typ. do “Reporter” — Ribeirão Preto — 1898 — 1 folheto — S5-23-20.
61. *Tentativa de morte* — Tribunal de Justiça de São Paulo — Recurso crime — Ribeirão Preto — (memorial) — Typ. do “Reporter” — Rib. Preto — 1898 — 1 folh. — S5-23-20.
62. *Theses que perante a Congregação de Lentes da Fac. de Direito Propõe-se a defender* — Typ. Jorge Seckler — São Paulo — 1882 — 1 vol. — S3-23-24.
63. *Trabalhos Forenses* — São Paulo, diversos editores — 1912 — B3-13-2.

## Direito Civil

64. *Acção de enriquecimento* — in Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1919 — vol. 30 — pagina 3 — N5-17-30.
65. *Aposentação dos advogados* — in Justiça — R. G. do Sul — 1937 — vol. 10 — pag. 554 — G1-15-10.
66. *Apontamentos sobre a Ord. L. 4 T. 47 pr.* — Comunhão de bens — Regimen dotal obrigatorio — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1907 — vol. 16. — pag. 83 — S.C. — 34(81.41)(05) — 1907 — v. 16.
67. *Aplicação do Código Civil* — in Revista Juridica — 1917 — vol. 4 — pag. 43 — R12-22-7.
68. *O Artigo 550 do código civil* — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1922 — volume 7 — pagina 89 — N5-16-7.
69. *Casamentos em Consulados* — in Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1934 — vol. 30 — pag. 213.
70. *O Código Civil e os comentadores* — “Homestead” — Qualquer pessoa solteira pôde, por escrito particular, obrigar-se a vender um imovel embóra só por escritura publica tenha existencia o contrato de venda de imoveis — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — vol. 25 — pag. 174 — N5-17-25.

71. *Compra e Venda* — Por Mandatario — Escritura — Instrumento particular — (parecer) *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — vol. 25 — pag. 274 — N5-17-25.
72. *Contrato de compra e venda* — O instrumento publico vale como escrito particular quando assinado pela parte — Mandato geral “cum libera administratione” — confere poderes para alienar bens de raiz, quando seja de conveniencia do mandante — Prescrição acquisitiva — (parecer) — *in* Razões da Apelação Cível n. 11.150 — São Paulo — 1921 — 1 folheto S3-23-6.
73. *O Curso de Doutorado* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1934 — vol. 30 — pagina 175.
74. *O dano moral, sua indenização* — *in* Revista dos Tribunais — S. Paulo 1925 — vol. 55 — pagina 3 — N5-16-20.
75. *Das colações* — *in* Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1929 — vol. 70 — pag. 263 — N5-15-5.
76. *Das obrigações em materia comercial* — *in* Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1925 — volume 54 — pagina 3 — N5-16-19.
77. *Deposito ou consignação* — *in* Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1912 — vol. 20 — pagina 99.
78. *Direito Romano* — Diferença entre obrigações correaes e simplesmente solidarias — *in* Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1906 — vol. 14 — pag. 2-25.
79. *Doação* — Interpretação — Compra e Venda posterior — Excesso — Nulidade — Ações competentes — (Parecer) — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1917 — volume 22 — pagina 257 — N5-17-22.
80. *O Doutorado* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1935 — vol. 31 — pag. 298.
81. *É a epilepsia motivo para a nullidade do casamento?* — (Parecer) — *in* Revista de Direito — Rio de Janeiro — 1914 — volume 32 — pagina 47 — N1-16-6.
82. *Efeitos do registro do contrato de sociedade em comandita* — *in* Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1935 — parecer vol. 31 — pag. 271.
83. *Extingue-se a ação de desquite pela morte de um dos conjuges?* — *In* Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1935 — vol. 31 — pag. 264.
84. *Fecundação artificial* — Semen de um cadaver — Paternidade (Parecer) — *in* Revista de Direito — Rio de Janeiro — 1918 — vol. 48 — pag. 294.
85. *Historia externa do direito romano* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1906 — vol. 14 — pag. 103.

86. *Indicação* — Ainda sobre o código do processo em elaboração — in Revista da Faculdade de Direito — S. Paulo — 1935 — vol. 31 — pag. 519.
87. *Índices das leis mais notáveis do Estado de São Paulo* — in Revista da Fac. de Direito — S. Paulo 1912 — vol. 20 — pag. 203.
88. *Literatura jurídica* — Direito Civil — Segunda edição da obra do Dr. Eduardo Espinola “Systema do Direito Civil Brasileiro” — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1917 — volume 24 — pagina 237 — N5-17-24.
89. *Louvação em demarcações e divisões* — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1921 — volume 3 — pagina 4445 — N5-16-3.
90. *Patrio Poder* — in Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1910 — vol. 18 — pag. 67.
91. *Posição social da mulher na antiga Roma* — (Preleção no Curso de Direito Romano) — in Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1941 — vol. 36 — pagina 195.
92. *A prescrição das ações “ex empto, redhibitoria” e “quantum minoris” no direito patrio* — in Rev. dos Tribunaes — S. Paulo — 1912 — vol. 12 — N5-17-2.
93. *Primeira lição sobre os direitos da família* — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1908 — vol. 16 — pág. 145.
94. *Regimen dotal* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1907 — vol. 15 — pag. 49.
95. *Prova de filiação legítima* — in Rev. dos Tribunaes — S. Paulo — 1918 — vol. 26 — pagina 133 — N5-17-26.
96. *Segredo Profissional* — in Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1928 — volume 66 — pagina 3 — N5-15-1.
97. *Solenidades do casamento na antiga Roma* — (preleções no curso de direito romano) — in Rev. da Faculdade de Direito — São Paulo — 1941 — vol. 36 — pagina 201-205.
98. *Successão de filhos adulterinos* — in Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1934 — (parecer) — vol. 30 — pagina 281-282.
99. *Sobre successões* — in O Direito — Rio de Janeiro — 1908 volume 106 — pag. 12 e 30 — P15-23-7.
100. *Successão “Ab intestato”* — Netos que concorrem á herança com tios vivos — (Pareceres) — in Rev. Forense — B. Horizonte — 1931 — volume 57 — pag. 11 — M3-14-25.
101. *Successão “ab intestato”* — Descendentes de herdeiros premortos em concurrencia com tios vivos — Como deve ser feita a

partilha entre aqueles — Se “per capita” ou por estirpe (Parecer) — *in Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1931 — vol. 80 — pagina 312.

102. *Testamento cerrado* — Quem pôde ser testemunha — *in Rev. dos Tribunaes* — São Paulo, — volume 21 — pagina 65 — N5-17-21.

## Direito Comercial

103. *Arrematação de bens da massa falida pelo ex-sindico ou liquidario* — (Parecer) — *in Revista de Jurisprudencia Brasileira* — Rio de Janeiro — 1940 — volume 48 — pag. 15.
104. *O artigo 206 do nosso codigo comercial* — Riscos da coisa vendida em casos de mercadorias importadas do estrangeiro, nos quaes se complica, quasi sempre a especie com a clausula cif ou caf — *in Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1922 — volume 8 — pagina 431 — N5-16-8.
105. *Cessão de clientela* — (parecer) — *in Ação Ordinaria* — São Paulo — 1911 — paginas 3 a 180 — S3-23-5.
106. *Cheque* — Incorre em penas de estelionato o individuo que, depois de o emitir retira das mãos do sacado a provisão de fundos? — *in Revista dos Tribunaes* — São Paulo, — 1933 — volume 86 — pag. 220.
107. *Concordata* — Credores particulares do socio — Efeito — Obriga a concordata feita por uma sociedade, aos credores particulares de um socio de responsabilidade illimitada? — (parecer) — *in Revista dos Tribunaes* — São Paulo — 1918 volume 25 — pagina 275 — N5-17-25.
108. *Contratação de patente de invenção* (Parecer) — *in Revista de Jurisprudencia Brasileira* — Rio de Janeiro — 1941 — volume 51 — pag. 256.
109. *Da administração das sociedades anonimas* — *in Revista da Fac. de Direito* — São Paulo — 1912 — vol. 20 — pag. 217.
110. *Das assembléias de accionistas* — *in Rev. da Fac. de Direito* — S. Paulo — 1912 — vol. 20 — pag. 179.
111. *Decreto de 31 de dezembro n. 2.044 — de 1908 anotado.* São Paulo — Escolas Profissionais Salesianas — 1914-1915 — P13-16-24.
112. *Defesa na ação cambial* — *in Rev. da Faculdade de Direito* — São Paulo — 1911 — vol. 19 — pag. 189.
113. *Defesa na ação cambial* — parte pratica — *in Rev. da Faculdade de Direito* — São Paulo — 1912 — vol. 20 — pag. 9-29.

114. *Fallencia* — Fraudulenta — Quitação dos credores — Efeito em relação ao processo — Deve prosseguir a ação penal contra o negociante acusado de falencia fraudulenta, que obteve, quitação de seus credores? — (parecer) — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — vol. 25 — pag. 277.
115. *Falencias* — A obra do Dr. Carvalho de Mendonça — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — volume 26 — pag. 17 — N5-17-26.
116. *Habitos mercantis máus e perigosos* — in Revista do Comercio e Industria — São Paulo — 1919 — volume 5 — pagina 67 Q15-20-67.
117. *Justiça cara* — A urgencia de uma lei que torne facultativa a distribuição dos processos em São Paulo — in Revista da Fac. de Direito de São Paulo — 1936 — volume 32 — pag. 501.
118. *Letra em branco, ou incompleta* — in Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1921 — volume 4 — pagina 50 — N5-16-14.
119. *A letra de cambio actual* — in Revista da Fac. de Direito — S. Paulo — 1911 — vol. 19 — pagina 135.
120. *Letras de favor* — Fallencia — Indenização — in Revista de Comercio e Industria — São Paulo — 1919 — volume 5 — pagina 177 — Q15-20-16.
121. *Letras de favor* — Fallencia — Indenização — (parecer) — in Revista Forense — Belo Horizonte — 1919 — volume 32 pagina 239 — M2-14-31.
122. *Logar de pagamento das letras de cambio* — (parecer) — in Revista dos Tribunaes — São Paulo, — 1927 — volume 63 — pagina 647 — N5-16-28.
123. *Marcas de fabrica e de comercio* — in Diversos Artigos — “Diario Nacional” — São Paulo — 22-1-31 — pag. 1 — P7-10-16.
124. *Multiplicação da letra de cambio* — in Rev. da Faculdade de Direito — S. Paulo — 1911 — vol. 19 — pag. 111.
125. *Natureza mercantil da letra de cambio* — in Revista do Comercio e Industria — São Paulo — 1918 — volume 4 — pag. 349 — Q15-20-15.
126. *Parecer sobre o projecto do Dr. Inglez de Souza* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1913 — vol. 21 — pag. 43
127. *Prefacio aos “Elementos de Direito Commercial” de Cesar Tripoli* — E. G. da Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1932 — 2 vol. — pag. 5 — N14-13-26.
128. *Da Responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas* — in Revista da Faculdade de Direito — S. Paulo — 1913 — vol. 21 — pag. 11-42 — S.C.

129. *Sociedade Comercial* — Comandita simples — Contrato social arquivado no registo de titulos da Comarca — Operações realizadas pelo comanditario — Sua responsabilidade com a falencia da sociedade — (Parecer) — *in* Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1935 — vol. 194 — pag. 36 — N5-14-5.
130. *Simplificação processual* — *in* Rev. da Fac. de Direito de S. Paulo — 1912 — vol. 20 — pag. 115-122.
131. *Titulos de Favor* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1911 — vol. 19 — pag. 221-223 — S.C.
132. *Transferencia de ações em sociedade anonima* — “Mora solvendi” e “mora Accipiendi” — (Parecer) — *in* Embargos numero 7.211 — S. Paulo — 1914 — pag. 147 — N11-20-8.
133. *Tratado de direito comercial brasileiro do Dr. Carvalho de Mendonça* — *in* Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1926 vol. 60 — pag. 3 — N5-16-25.
134. *O tratado de direito comercial de Carvalho de Mendonça* — 5 volumes — *in* Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1920 — vol. 35 — pag. 372 — N5-17-35.

## Direito Penal

135. *Da Tentativa* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1910 — vol. 18 — pag. 9-25 — S.C.
136. *Hypnotismo e responsabilidade juridica* — *in* Rev. dos Tribunaes — S. Paulo — 1920 — vol. 37 — pag. 177 — N5-17-37.
137. *Inquirição e reinquirição de testemunhas* — *in* Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1922 — vol. 7 — pag. 283.
138. *A luta contra o delicto* — *in* Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1906 — vol. 14 — pag. 67 — S.C.
139. *Passionalismo* — *in* Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1941 — vol. 130 — pag. 451 — N5-13-6.
140. *O poder disciplinar da Ordem dos Advogados e o Direito penal* — *in* Boletim Oficial da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil — S. Paulo — 1935 — Pareceres — vol. 2 numero 4 — pag. 35 — L1-11-2.
141. *Queixa por procurador* — (Pareceres) — *in* Revista Forense — Belo Horizonte — 1910 — numero 14 — pag. 389 — M2-14-12.
142. *Violação de patente* — Concessionario estrangeiro com pro-procurador no país — Ação penal — Formalidade preliminar — *in* Rev. de Direito — Rio de Janeiro — 1910 — volume 18 — pag. 235 — N1-17-18.

## Direito Público

143. *Arte de governar* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1943-44 — vol. 39 — pag. 65 a 68 — S.C.
144. *A Capital no Planalto de Goyaz* — in Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1914 a 1925 — vol. 22 — pag. 202-212 — S.C.
145. *Concessão de serviços publicos* — Tributação por pessoa jurídica de direito publico diversa da concedente ou por ella propria — Inadmissibilidade — Aplicação do art. 17 — n. 10 — da Constituição Federal — (Parecer) — in Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1936 — volume 100 — pag. 25 — N5-14-11.
146. *Democracia e Liberalismo* — in Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1929 — vol. 25 — pag. 253-358 — S.C.
147. *São democraticas as convenções?* — in Diversos artigos — “Jornal do Comercio” — S. Paulo — 19 de julho de 1921 — pag. 17, 18 e 19 — P7-10-16.
148. *Direito Publico — Regulamentação* — in Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — vols. 18 e 19 — S.C. — 1910 e 1911.
149. *Estado de Sítio e eleições* — (Pareceres) — in Revista de Direito — Rio de Janeiro — 1918 — vol. 49 — pag. 251 — N1-16-23.
150. *Estrada de Ferro* — Multa do governo — Interpretação do decreto — in Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1918 — vol. 26 — pag. 120 — N5-17-26.
151. *Imposto sobre capital das sociedades anonimas* — Exploração de serviços publicos pagamento dos direitos aduaneiros — Inexistência dos lucros — Concessão feita pela União — Isenção — Aplicação do art. 1 § 3.º n. VI da lei n. 920 de 1904 — N5-14-11.
152. *Pagamento indevido* — Imposto — “Conditio indebiti” — Repetição — Requisitos para a sua procedencia — (Parecer) — in Revista dos Tribunaes — S. Paulo — 1936 — volume 100 — pag. 25 — N5-14-11.
153. *O Poder Judiciario em face do Governo Provisorio* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1934 — vol. 30 — pag. 9-11 — S.C.
154. *Reforma Constitucional* — in Revista da Rac. de Direito — São Paulo — 1935 — vol. 31 — pag. 181-219 — S.C.
155. *Taxa de Viação urbana* — Exigencias aos contribuintes do imposto de calçamento — Inadmissibilidade — Interpretação do artigo 9 § unico do acto municipal numero 2.791 da

Prefeitura de S. Paulo — (Parecer) — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1935 — volume 96 — pagina 50 — N5-14-7.

156. *Uso ilegal do titulo de doutor pelos bachareis em direito* — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1934 — volume 90 — pag. 441 — N5-14-1.

### Direito Internacional

157. *O desarmamento e a paz universal* — *in* Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1934 — vol. 30 — pag. 439 — S.C.

### Processo

158. *Abolição da taxa judiciaria e redução de outras taxas* — Restabelecimento das custas aos advogados — Distribuição livre ou facultativa — *in* Boletim Official da Secção de São Paulo — da Ordem dos Advogados do Brasil — São Paulo — 1936 — abril ano III — numero 8 — pagina 25 — L1-11-3.
159. *Advogados em inventários e partilhas* — Necessidade de sua intervenção — Direito das successões — Dificuldades que oferece — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1935 — volume 95 — pag. 303 — N5-14-8.
160. *Concurso de credores* — *in* Revista de Direito — Rio de Janeiro — 1910 — vol. 16 — pagina 519 — N1-17-16.
161. *Corre por conta do agravado a copia das peças que pedir* — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — volume 21 — pagina 323 — N5-17-29.
162. *Cumulações de ações de demarcação* — de turbação e de esbulho — (parecer) — *in* Revista de Direito — Rio de Janeiro — 1914 — volume 31 — pag 456 — N1-16-5.
163. *Entrega de autos* — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1920 — volume 37 — pagina 427 — N5-17-37.
164. *O Escrivão* — *in* Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1921 — pag. 284 — N5-16-2.
165. *Efeitos da apelação* — *in* Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — volume 28 — pagina 11 — N5-17-28.
166. *Executivos hypothecarios* — *in* Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1917 — vol. 24 — pag. 161 — N5-17-24.
167. *O Fôro no Estado Novo* — *in* Rev. da Fac. Direito de S. Paulo — 1939 — vol. 35 — pag. 565 — S.C.
168. *Pelo Fôro* — O relatorio do Exmo Snr. Diretor do Fôro — *in* Diversos Artigos — “Jornal do Comercio” — 9 de fev. de 1926 — pag. 11 e 12 — P7-10-16.

169. *O Juiz é obrigado a cumprir os acordãos do Tribunal* — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1920 — vol. 1 — pag. 194 — N5-16-1.
170. *Juizo Arbitral* — in Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1921 — vol. 5 — pag. 95 — N5-16-5.
171. *Mandato* — Desistencia do feito pelo mandante — Consequencias — (Pareceres) — in Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1918 — vol. 26 — pag. 355 — N5-17-26.
172. *Pluralidade de autores* — Acções — Cumulação — in Rev. de Direito — Rio de Janeiro — 1909 — volume 13 — pag. 474 — N1-17-13.
173. *Prefacio do “Manual das leis de justiça do Estado de São Paulo” de Joaquim Gonçalves de Oliveira* — in Manual de Leis de Justiça — São Paulo — 1927 — pag. 7 — S-16-11-19.
174. *Prova testemunhal — Seu valor —Direito das testemunhas* — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1929 — vol. 69 — pag. 231 — N5-15-4.
175. *Tribunal de Ética Profissional* — Cobrança de honorários — (Parecer) — in Boletim Oficial da Secção de São Paulo — 1941 — abril, maio e junho — anno VIII — numero 28 — pag. 37 — L1-11-9.
176. *Usufruto e Fideicomisso* — in Revista Juridica — 1917 — vol. 6 — pag. 448 — R12-22-9.
177. *Voto Secreto* — in Rev. dos Tribunaes — São Paulo — 1917 — vol. 25 — pag. 3 — N5-17-25.

### Diversos

178. *Augusto Comte* — A Conferencia do professor Dumas na Faculdade de Direito — in Diversos artigos — pag. 8 e 9 — P7-10-16.
179. *Congresso médico* — Revista Juridica — 1917 — vol. 5 — pag. 31 — R12-22-8.
180. *O Conselheiro Ruy Barbosa* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1914 a 25 — vol. 22 — pag. 241-259 — S.C.
181. *Conservação dos recursos naturaes* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1914 a 1925 — vol. 22 — pag. 129 — 147 — S.C.
182. *A crise e a advocacia* — in proletariado intelectual — São Paulo — 1935 — pag. 34 — S11-23-23.
183. *Defesa Social* — in Diversos artigos — “O Estado de São Paulo” — 18-2-1909 — pag. 21 — P7-10-16.

184. *O Consumidor* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1934 — vol. 30 — pag. 643 — S.C.
185. *A democracia* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1935 — vol. 31 — pag. 5-26 — S.C.
186. *Os desocupados* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1930 — vol. 26 — pag. 131 — S.C.
187. *O dever dos moços* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1930 — vol. 26 — pag. 155 — S.C.
188. *O Direito Romano e o seu methodo* — Gazeta Juridica — São Paulo — 1903 — vol. 33 — pagina 3 — R16-23-21.
189. *O eclipse do liberalismo* — in Rev. da Fac. de Direito de São Paulo — 1903 — vol. 33 — pagina 3 — R16-23-21.
190. *Estevam de Almeida* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1947 — volume XLII — pag. 160 — S.C.
191. *“Filosofia do Direito” do professor João Arruda* — Resposta ao Dr. Plinio Barretto — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1942 — vol. 38 — pag. 340 — S.C.
192. *Indigencia e socorros* — in Revista da Fac. de Direito — São Paulo — 1926 — vol. 23 — pag. 253 — S.C.
193. *Jurisconsultos Brasileiros* — in Revista Juridica — vol. 3 — 1916 — pag. 193 — R12-22-6.
194. *Luxo governamental e miséria popular* — in Diversos artigos “Jornal do Comercio” edição de São Paulo — 5 de março de 1922 — pag. 9 e 10 — P7-10-16.
195. *Os menores e os cinemas* — in Diversos artigos — pag. 19 e 20 — P7-10-16.
196. *A missão dos escóes* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1930 — vol. 25 — pagina 41 e 45 — S.C.
197. *Novas directrizes da educação* — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — maio agosto 1938 — volume XXXIV — fasciculo II — pag. 170 — S.C.
198. *Opulência e Miséria* — in Rev. da Faculdade de Direito — São Paulo — 1926 — vol. 23 — pag. 247 — S.C.
199. *Parecer sobre trabalhos de candidatos ao exercicio do magistério superior na Faculdade de Direito de São Paulo* — in Rev. da Fac. de Direito — S. Paulo — 1911 — vol. 19 — pag. 187 — S.C.
200. *Pela dignidade e segurança da patria* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1939 — volume 35 — pag. 411 — S.C.
201. *Pelos Lazaros* — in Diversos artigos — pag. 2 — P7-10-16.

202. *O povo tem o governo que merece* — in Diversos artigos — “Jornal do Comercio” — São Paulo — 8 de fev. de 1922 — pag. 3 — P7-10-16.
203. *Problemas Sociaes* — in Rev. da Faculdade de Direito — São Paulo — 1914 — vol. 22 — pag. 149 — S.C.
204. *Professores de direito* — Outrôra e hoje — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1937 — vol. 33 — pag. 309 — S.C.
205. *Profissões liberaes* — in Rev da Fac. de Direito — São Paulo — 1929 — vol. 25 — pag. 335 — S.C.
206. *Proletariado intelectual* — in Revista da Fac. de Direito de São Paulo — 1935 — memorias apresentadas ao Conselho da Ordem dos Advogados — vol. 31 — pag. 220 — S.C.
207. *Proventos da profissão* — in Revista dos Tribunaes — São Paulo — 1920 — volume I — pag. 83 — N5-16-1.
208. *Psychologia judiciaria* — in Revista da Faculdade de Direito — São Paulo — 1931 — vol. 27 — pag. 163 — S.C.
209. *Reforma do ensino superior* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1929 — vol. 25 — pag. 549 — S.C.
210. *Relendo Victor Hugo* — in Diversos artigos — “Diário Popular” — 15-7-1927 — pag. 13 — P7-10-16.
211. *Sepulturas perpetuas* — in Rev. da Fac. de Direito — São Paulo — 1926 — vol. 23 — pag. 269 — S.C.
212. *Sugestões apresentadas pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo ao ante-projeto do Codigo de Processo Civil e Comercial* — in Primeiro Congresso Nacional de Direito Judiciario — Rio de Janeiro — 1942 — volume 2 — anéxos — I parte — paginas 119 e 122 — S12-12-20.
213. *Trabalho e goso* — in Diversos artigos — in “Jornal do Comercio” 12 de setembro de 1921 — pag. 16, 16 e 17 — P7-10-16.
214. *União Sul-Americana* — in Revista do Direito — Rio de Janeiro 1924 — vol. 71 — pag. 430 — N1-15-19.
215. *Uso ilegal do titulo de doutor* — Declaração de voto — “Fôlha da Manhã” — São Paulo — 5-7-1934 — livro de recórtes de jornais — pag. 89 — U1-20-7.

## Esquema de filosofía del derecho\*.

*L. Recaséns Siches*

Da Faculdade de Direito da Universidade  
Nacional Autónoma do México.

1. La filosofía del Derecho se pregunta por cuál sea el sentido esencial, la raíz, y las funciones del Derecho y del Estado en la vida humana.

2. Esta investigación puede diversificarse en los siguientes temas, aunque ellos se dan conexos entre sí:

A) Teoría fundamental del Derecho, que investiga la esencia de lo jurídico y comprende los siguientes estudios: a) Localización de lo jurídico en el universo dentro de la vida humana; b) determinación de lo jurídico por las categorías de *normatividad* y socialidad; c) averiguación de qué tipo de realidad sea el Derecho; d) diferencias entre Derecho y moral. Y reglas del trato social, y arbitrariedad; e) funciones esenciales y formales de todo Derecho (certeza y seguridad; resolución de los conflictos de intereses; organización, legitimación y limitación del poder político; propósito de cumplir con las exigencias de la justicia); f) aclaración de los conceptos jurídicos puros o *a priori* (Derecho subjetivo, deber jurídico, persona, relación jurídica, supuesto, consecuencia, etc.; g) componentes, estructura y funcionamiento del orden jurídico positivo; y h) relación entre Derecho y Estado.

---

\* Trabalho apresentado no II Congresso Interamericano Extraordinário de Filosofia realizado em São José de Costa Rica de 17 a 22 de julho de 1961.

B) *Axiología jurídica*, que abarca los siguientes estudios: a) justificación de la axiología; b) el fundamento radical del conocimiento estimativo sobre el Derecho (*a priori*); c) carácter objetivo del *a priori* axiológico; d) articulación entre valores e historia en la elaboración de los ideales jurídicos; e) idea formal de justicia como igualdad y como proporción, y valoraciones materiales implicadas por este criterio formal; f) fundamentación humanista de la estimativa jurídica y de la filosofía política; g) los principios básicos de la estimativa jurídica (la dignidad de la persona individual, los derechos fundamentales del hombre, el bienestar general, etc.); h) máximas de estimativa jurídica con aplicación a la política legislativa y la política judicial.

C) Filosofía de la interpretación del Derecho, y de la creación del Derecho, por el logos de lo razonable; y aplicación de estos principios a los problemas prácticos.

3. La averiguación de la esencia del Derecho no consiste en hallar una forma de conocimiento, sino en describir las notas necesarias del objeto derecho; incluye además, y con prioridad, la localización de ese objeto “Derecho” en el universo; y comprende así mismo la determinación de qué tipo de realidad sea el Derecho; y además, de las funciones de éste en la vida humana.

4. El Derecho no es naturaleza física, ni inorgánica. Tampoco es naturaleza psíquica. Tampoco es valor puro, aunque se refiera intencionalmente a valores, en tanto que obra humana que intenta realizar las exigencias de algunos de éstos.

5. El Derecho se da en la vida humana, suscitado por específicas necesidades de ésta, constituyendo una forma normativa colectiva de existencia y realizando determinadas funciones.

6. Substancialmente aquí se habla — de “vida humana” en el sentido de la metafísica de la razón vital de JOSÉ ORTEGA y GASSET.

7. El análisis de la vida humana permite un nuevo enfoque y una nueva solución del problema sobre el libre albedrío. Tan incorrecto es decir que el hombre *tiene* albedrío, como decir que *no lo tiene*. El hombre *es* libre albedrío, lo cual expresa la situación o inserción del yo en su circunstancia, es decir, su situación ontológica en el universo. El yo no está encajado en su mundo de un modo fijo; ni consiste tampoco en tener que seguir forzosamente una trayectoria predeterminada; antes bien, se trata de una inserción con un margen o espacio de holgura, el cual ofrece al yo, en cada uno de los momentos de su vida un repertorio plural de posibilidades — concretas y en número limitado — entre las cuales tiene que optar decidiéndose por sí mismo y bajo su responsabilidad, por alguna de esas posibilidades. La circunstancia concreta de cada ser humano — diferente, en alguna medida, mayor o menor de la de cada uno de los demás, consta de múltiples y variadas realidades: la psique; el cuerpo; la naturaleza biológica, la física, la geográfica, la cósmica; los componentes sociales, numerosísimos y de muy variadas índoles. La combinación de todos esos ingredientes del contorno determina para cada sujeto el ámbito de su vida y las series de posibilidades que se le deparan en cada momento de ella; ámbito y posibilidades, que son diferentes para cada sujeto. Pero cada sujeto halla siempre la posibilidad de diversas conductas en cada momento, por lo cual *es albedrío*, ya que él tiene que elegir por sí alguna de esas conductas.

8. El Derecho, en tanto que normas preconstituidas, — leyes, reglamentos, etc., — se localiza en el universo dentro de la región de la vida humana objetivada, una denominación más correcta para definir ontológicamente la cultura.

9. En tanto que las normas jurídicas son cumplidas por sus sujetos, o son individualizadas por los órganos jurisdiccionales, el Derecho se presenta como un vivir de nuevo, como un re-vivir, como un re-actualizar esas nor-

mas en nuevas conductas reales. Tales procesos de re-vivir o re-actualizar dichas normas suelen casi siempre implicar nuevos matices, nuevas modalidades, nuevas consecuencias, en suma, algo que no estaba predeterminado de modo completo y fijo en la norma general anterior.

10. El Derecho es una forma normativa y colectiva de vida humana. Las proposiciones de tipo normativo se clasifican en: a) Proposiciones de *forma normativa* cuyo *contenido* tiene su origen en una elaboración humana, y puede ser más o menos acertado, desde el punto de vista axiológico; y b) proposiciones normativas, *cuyo contenido es la pura expresión de un valor ideal o de sus consecuencias*. Toda regla de Derecho positivo posee normatividad formal; pero, en cuanto a sus contenidos, puede tener o no normatividad material, o tenerla en menor grado, según la relación más o menos positiva o negativa que guarda con las exigencias de la justicia.

11. El Derecho pertenece a la clase de los modos colectivos en los que el sujeto vive no como auténtico individuo, singular y único, sino como titular de un papel o de una función generalizada; y lo que vive es algo comunal tipificado, anónimo, genérico.

12. El Derecho es un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su existencia social, y con el propósito de realizar unos ciertos valores en su vida colectiva. En la realidad del Derecho se dan recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor, según certeramente ha señalado MIGUEL REALE.

13. Para captar la esencia de lo jurídico, precisa llevar a cabo dos tipos de averiguaciones: primero, determinar cuáles sean las diferencias entre el Derecho por una parte, y, por otra, las normas morales, las reglas del trato social y los mandatos arbitrarios; y, segundo, inda-

gar las funciones esenciales de lo jurídico, las funciones formales que todo Derecho realiza.

14. La moral es el punto de vista plenario y el criterio normativo absoluto para la conducta en vista a la realización del fin supremo o destino autentico del individuo — no considerado solamente aislado, sino también en sus relaciones con los demás, pero siempre desde aquel enfoque de la meta suprema de la existencia humana. En cambio, el Derecho se inspira en el punto de vista de la justificación objetiva de la conducta de un sujeto respecto de los demás, una justificación que no gravita hacia la vida de ese sujeto, sino que valora dicha conducta desde el punto de vista del otro o de los otros a quienes ella afecta. El campo de imperio de la moral es el de la conciencia, esto es, el de la intimidad del sujeto. En cambio, el terreno sobre el cual se proyecta y actúa el Derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales. En la moral, el deber se impone por razón del sujeto llamado a cumplirlo, porque se estima que tal conducta constituye condición para el cumplimiento del fin del hombre. En cambio, el precepto jurídico se dicta en consideración de la otra persona (titular de la pretensión, autorizada para exigir el cumplimiento de una conducta ajena. La regulación moral gravita preponderantemente hacia la raíz íntima del obrar; mientras que el momento de arranque del Derecho, y su centro de gravitación, es el plano externo del comportamiento. La moral supone y requiere libertad en su cumplimiento. Por el contrario, el Derecho puede esencialmente ser impuesto de un modo inexorable.

15. Las reglas del trato social y las normas jurídicas se distinguen por una diferencia entre la forma de imperio de las unas y las otras y, consiguientemente, por una diferencia entre el tipo de sanción de unas y otras. Las reglas del trato social dejan al sujeto en libertad de decisión, sin perjuicio de imponer sanciones por su quebrantamiento, bien que tales sanciones jamás consisten en

la imposición forzada de la regla. Por el contrario, la sanción jurídica apunta esencialmente a la ejecución forzada de la conducta prescrita, o a impedir a todo trance la comisión de los actos prohibidos.

16. Es característica de la norma jurídica el ligar de modo necesario al mismo poder que la dictó, mientras éste no la derogue con carácter general en uso de una competencia de igual rango que la que había originado la norma. El mandato jurídico se funda en criterios objetivos que tienen validez para todos los casos que se presenten. En cambio, el mandato arbitrario es aquél que no se funda en un principio general, sino que responde a un simple *por qué sí*, a un capricho o antojo.

17. Aunque en el Derecho deben encarnar valores superiores — la justicia y los demás valores que ésta implica — el Derecho es fabricado por los hombres bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social: la urgencia de certeza y seguridad y, al mismo tiempo, la necesidad de cambio progresivo; la urgencia de resolver los conflictos de intereses; y la necesidad de organizar, legitimar, y restringir el poder político.

18. El Derecho positivo se sistematiza por la doctrina jurídica mediante la construcción formal graduada o escalonada (MERKL-KELSEN). Esta teoría no pretende constituir una fotografía de la realidad y de la gestación histórica de las normas positivas, ni tampoco una radiografía sociológica de los factores por ella implicados. Se propone simplemente suministrar un método de ordenación lógica para convertir en sistema unitario y plenario los materiales normativos que integran el orden jurídico positivo.

19. Hay que desterrar y olvidar la pintoresca doctrina que trataba de explicar la sentencia judicial como un simple silogismo, y la función jurisdiccional como algo mecánico. Leyes y reglamentos son materiales básicos

*para que pueda haber* auténticas normas jurídicas perfectas completas, las cuales son solamente aquéllas que se dan en las sentencias y en las resoluciones individualizadas.

20. La teoría de la sentencia como un silogismo, y de la función jurisdiccional como algo automático puede ser rebatida a dos niveles diferentes. A un primer nivel se puede mostrar que aun cuando se supusiera — enorme error — que la sentencia es un silogismo, habría que reconocer que los graves problemas que afronta el juez nunca consistirían en sacar la correcta conclusión de dos premisas, cosa que fácilmente puede llevar a cabo un niño, sino en elegir las premisas correctas.

A un segundo nivel, mucho más a fondo nos encontramos con que la averiguación de la norma, la selección de los hechos jurídicamente relevantes y su calificación, y el fallo no constituyen tres momentos o componentes distintos separados en la sentencia; antes bien, representan tres aspectos recíprocamente trabados entre sí e inseparables de un mismo acto mental en el proceso psicológico (psicología de las formas o estructuras), y de una misma estructura objetiva ideal, compleja pero con sentido unitario (DILTHEY y HUSSERL). La sentencia implica un conjunto de valoraciones hechas por el juez. Esto no supone desligar al juez de su deber de acatamiento al jurídico positivo. Representa tan sólo reconocer que el juez *es esencialmente una pieza integrante del orden jurídico positivo*, sin el cual éste no podría funcionar.

21. La investigación axiológica queda plenamente justificada por la siguiente consideración. El Derecho positivo es una pauta de conducta de carácter normativo. Ahora bien, una norma significa que entre las varias posibilidades fácticas del comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las *elegidas* lo son porque resultan *preferidas* a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración. El sentido de los hechos mediante los cuales son establecidas las normas

jurídicas, consiste fundamentalmente en la referencia a valores. La normatividad del Derecho positivo carecería de sentido si no estuviese referida a un juicio de valor que es precisamente lo que la inspira. Si no hubiese algo por encima de la mera realidad de las normas positivas, entonces esas mismas normas positivas no podrían existir ni ser entendidas.

22. El empirismo no puede suministrar base ninguna para la valoración. La raíz o cimentación primaria de toda axiología es un *a priori*; pero esto no quiere decir que los juicios estimativos en materia jurídica excluyan otros ingredientes diversos que tengan origen empírico. Es obvio que para enjuiciar un Derecho positivo concreto, o para elaborar un programa jurídico, las puras ideas axiológicas no son suficientes: es necesario que ellas se combinen con la experiencia de las realidades.

23. El *a priori* axiológico es objetivo. Con esto se significa solamente que no es una ley psicológica, una proyección subjetiva. Pero la objetividad de los valores es intravital. Los valores tienen sentido dentro del marco de la vida humana, en términos generales, y referidos a las situaciones particulares de ésta. Podría decirse que Dios los reconoce como objetivos, pero dentro y para la vida humana.

24. Aunque los valores sean *a priori* y objetivos, hay que articular la encarnación o puesta en práctica de sus consecuencias normativas, con las características concretas y particulares de cada situación histórica. Puesto que los valores se realizan en la vida humana, y puesto que la vida es esencialmente histórica, la realización de los valores tiene que ser histórica también.

25. Hay cinco fuentes justificadas de historicidad para los programas ideales de Derecho. La primera es el hecho de que la *realidad social es diversa y cambiante*. Hay que tomar en cuenta principalmente los problemas que el cumplimiento de las exigencias axiológicas suscita

en el reino de la vida humana; y se debe subrayar que los valores jurídicos no son todos ellos formales, antes bien, hay muchos valores que poseen un contenido particular, concreto. La segunda fuente de historicidad para los ideales jurídicos consiste en la diversidad de los obstáculos que han de ser superados en cada situación para realizar las exigencias axiológicas en ella. La tercera fuente de historicidad consiste en las lecciones sacadas de la experiencia práctica, en las enseñanzas producidas por la razón histórica. La cuarta fuente consiste en las prioridades suscitadas por los diferentes grados de urgencia de las necesidades sociales que cada situación histórica provoca.

La quinta fuente de historicidad tiene su origen en la multiplicidad y variedad de valores que pueden ser relevantes para el Derecho. Aunque los valores tengan una validez objetiva, contienen dentro de sí las referencias a situaciones concretas. Ciertamente que hay muchos valores éticos y jurídicos que se refieren a las dimensiones universales de lo humano, y que engendran normas ideales de aplicación general. Pero hay otros valores, los cuales, aunque posean validez objetiva, contienen en su misma esencia una referencia particular a la situación de una persona, de una nación, o de una particular condición histórica.

26. El tema de la justicia presenta una paradoja. Por una parte todas las doctrinas sobre la justicia ofrecen una identidad básica: la idea de la justicia como una pauta de armonía, de igualdad simples y de igualdad proporcional, un medio de cambio equivalente y de distribución armónica en las relaciones interhumanas, sea entre los individuos, sea entre los individuos y la colectividad; y, además, el principio de dar a cada cual lo suyo o lo que se le debe. Por otra parte, encontramos el hecho de las persistentes controversias sobre problemas de justicia en el campo teórico y en el área práctica. Sucede que la tarea de establecer una igualdad, o mejor dicho

una equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, y la tarea de lograr proporcionalidad en el reparto de los beneficios, de las funciones públicas y de las cargas públicas, presupone criterios para medir o evaluar las realidades que deben ser igualadas o armonizadas. La mera idea de igualdad, de proporcionalidad o de armonía, o de dar a cada quién lo suyo no nos suministra ningún criterio de mensura; no nos muestra cuál deba ser el punto de vista desde el cual podamos establecer la igualdad o la proporcionalidad, no define tampoco lo que deba ser considerado como singularmente suyo, de cada cual. Todo el mundo está de acuerdo en que cosas o situaciones iguales deben ser tratadas de igual manera; y que cosas o situaciones desiguales deben ser tratadas de modo diferente, según sus respectivas diversidades; y que las personas iguales deben ser tratadas de igual modo; y que las personas desiguales deben ser tratadas de manera diferente, según sus propios méritos. El problema consiste en averiguar cuáles son las igualdades humanas que deben ser relevantes para el Derecho; cuáles las desigualdades que no deben reflejarse en el orden jurídico; y cuáles las desigualdades que deben producir efectos jurídicos.

27. Debe haber indiscriminada igualdad entre todos los hombres en cuanto a la dignidad humana que corresponde a toda persona, en cuanto a los derechos básicos que se derivan como consecuencia de esta dignidad. En cambio, según el carácter particular de muchas realidades y situaciones concretas, algunas desigualdades entre los hombres deben tener repercusión jurídica, por ejemplo, las desigualdades en cuanto a la capacidad física y en cuanto a las aptitudes mentales, las desigualdades por méritos o deméritos en el trabajo, en la dedicación, en la competencia, etc. La médula del problema de la justicia consiste en averiguar cuáles son los valores que deben resultar relevantes para la igualdad, pura y simples, es decir, aritmética, o para la distribución proporcional y

armónica; en suma aclarar lo que se debe atribuir a cada quién.

28. Debe imperar la igualdad aritmética también en aquellas relaciones objetivadas en las cuales las calidades personales de los participantes no vienen en cuestión y lo que importan son las cosas, por ejemplo, implicadas en una relación de trueque o de compraventa.

29. El problema de la justicia requiere también averiguar cuál sea la jerarquía de los valores que vengan en cuestión para el ordenamiento jurídico, en investigar cuáles sean los valores que tienen prioridad sobre otros, así como en formular las mutuas relaciones de armonización entre esos valores.

30. Hay que determinar, primero, los valores supremos que en todo caso deben inspirar al Derecho, los valores que dan lugar a normas ideales de carácter general, aplicables a todo caso y a toda situación, siempre y en todas partes. Por ejemplo, la idea de la dignidad moral de la persona individual, y los corolarios que de ella manan, es decir, las libertades básicas del individuo humano, así como el principio de la paridad fundamental ante el Derecho. En segundo lugar, hay que averiguar qué otros valores pueden y deben normar la elaboración del Derecho en determinados casos y en ciertas condiciones; y esclarecer los nexos de esos valores con los primeros. Ejemplo de esos valores: los de carácter económico, cuando se entienda que el ordenamiento jurídico pueda y deba fomentar la prosperidad material; los científicos, en tanto que v.g. una ley de sanidad debe inspirarse en los resultados de la medicina; los técnicos, que vendrán en cuestión para contribuir a la orientación de una ley de obras públicas; los pedagógicos para inspirar una ley de instrucción y educación públicas; los estéticos, para una ley de ornato urbano o para una ley de conservación del patrimonio artístico; etc. En tercer lugar, se deberá esclarecer qué valores, a pesar de serlo y aun de ocupar un alto

rango en la jerarquía axiológica, en ningún caso y de ninguna manera pueden ser transcritos en las normas jurídicas, como p.e. los valores de santidad, los relativos a la fe religiosa, los cuales, aun representando elevadas cimas no cabe transcribirlos en normas de Derecho, porque sólo pueden obtener cumplimiento por libre decisión de la persona, y jamás por imposición. En cuarto lugar habrá que inquirir las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyan en cada uno de los tipos de situaciones sociales. En quinto lugar, es necesario estudiar las leyes de realización de los valores jurídicos.

31. En el problema de la jerarquía entre los valores relevantes para la elaboración de Derecho justo, el punto principal es el de determinar cuál sea el valor de la persona individual en relación con los demás valores que también deben ser considerados por el Derecho.

32. El Derecho y el Estado — al igual que todas las instituciones sociales y todos los productos de la cultura — tienen sentido y justificación tan sólo en la medida en que representen medios serviciales para cumplir los valores que pueden realizarse en la persona individual, que es la única genuina que existe, por obra de su conducta libre.

33. No se plantea la pregunta de si el Estado y el Derecho son bienes o no lo son. Claro que son bienes y que en ellos plasman valores muy importantes. Esto se da por sobreentendido. Lo que se afirma es que los valores que se realizan en el individuo y por el individuo son siempre, necesariamente, de rango más elevado que los valores que se cumplen en las instituciones sociales.

34. El humanismo o personalismo se funda en las razones filosóficas siguientes:

1) Aunque el idealismo haya sido superado, sigue en pie la verdad firme de que mi conciencia constituye

el centro, el soporte y el testimonio de todas las demás realidades. Ciertamente que los componentes de mi mundo son objetivamente reales; pero mi conciencia actúa como una especie de filtro seleccionador y como una perspectiva organizadora de los ingredientes del mundo, los cuales así forman mi mundo. La perspectiva establecida por el sujeto es ineludible y necesaria: constituye uno de los componentes del mundo del sujeto, del que está ante éste y le plantea problemas.

2) La vida humana — la vida individual, mi vida — la cual consiste en la compresencia e inescindible correlación entre el yo y el mundo, entre el sujeto y los objetos, constituye la realidad primaria y radical, primer punto de partida de la filosofía. Por lo tanto, la realidad a la cual todas las otras realidades están referidas. Por lo tanto, a mi vida corresponde el primado en una concepción del universo. De lo cual se sigue necesariamente que la realización de los valores tiene sentido tan sólo en la vida humana, la cual es siempre la vida de un sujeto individual.

3) La sociedad no es un ente con realidad sustantiva, con existencia independiente de los individuos que la componen, los cuales son las únicas realidades substantivas en lo social. El ser del individuo consiste en un ser por sí y para sí mismo, en un ser autónomo, libre. Por eso, la colectividad debe respetar al individuo, en el modo de ser peculiar de éste, en los valores propios que le están destinados. El individuo no es pura y simplemente una parte del todo social, aunque esté en alguna medida integrado a ésta: es superior a la sociedad, porque el individuo es persona en el plenario y auténtico sentido de esta idea, lo que jamás podrá ser la sociedad.

4) La cultura, en tanto que intención de acercarse a los valores tiene sentido tan sólo para aquél que no los posee de modo plenario y que, sin embargo, siente la urgencia de esforzarse para su conquista. La cultura carece de sentido para la naturaleza orgánica, para los

animales, porque éstos como no saben que no saben, no sienten la necesidad de saber; carece de sentido también para Dios, porque Dios es omnisciencia absoluta Verdad y Sabiduría, Bien Total, Justicia Suprema, Belleza íntegra, Poder infinito; pero, en cambio, la cultura aparece henchida de sentido, en tanto en cuanto la miramos como obra y función humanas. El hombre es el *centro nato* de la cultura, y su punto de gravitación final. Y como los valores supremos que al hombre pueden referirse son los éticos, de aquí que la idea de la dignidad personal debe reinar siempre por encima de todos las demás tareas y por encima de todos los otros valores.

5) En la jerarquía axiológica los valores que deben ser cumplidos en la conciencia individual, a saber, los valores morales propiamente dichos y los que elevan y afinan el espíritu del individuo, tienen siempre un rango superior al de los valores que se materializan en cosas y al de los que se cumplen en las instituciones sociales. Los bienes culturales objetivados o materializados y las instituciones colectivas tienen sentido y justificación sólo como medios al servicio del hombre.

35. El reconocimiento de que los valores que plasman en la conciencia individual tienen necesariamente categoría superior a los que encarnan en las cosas y en las instituciones, no equivale, de ninguna manera, a una posición de egoísmo individualista ni a una falta de solidaridad social. No es así, sencillamente porque este principio no excluye otra máxima, la máxima que da preferencia a los intereses generales sobre los intereses individuales. No hay incompatibilidad ni contradicción, ni siquiera rozamiento entre esos dos principios, porque el bienestar general debe ser interpretado como satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses de todas las personas individuales, con el menor sacrificio, con el menor desperdicio, y con la más mínima fricción, y, además, como el conjunto de bienes objetivos comunes — p.e., la paz, el orden social, el orden público, la prosperidad fi-

nanciera nacional, la bonanza económica, la integridad del territorio patrio, etc. — los cuales son condiciones que posibilitan la mejor realización en la mayor cantidad lograble de los intereses de todos, según una pauta armónica, fundada en la jerarquía de los valores.

36. La doctrina filosófica sobre los derechos fundamentales del hombre, es un tema básico y de máxima importancia en la estimativa jurídica, que urge reelaborar y refinar a la altura de nuestra época. Cuando se emplea la palabra “derechos” en este contexto, no se trata de usarla en la acepción que tiene como “derecho subjetivo” propiamente dicho, dentro del orden jurídico positivo, según la explica la teoría general del Derecho. Se piensa en otra cosa, y sobre todo en un plano diferente del Derecho positivo: en una exigencia ideal, la cual es formulada verbalmente diciendo “todos los hombres tienen, p. e. derecho a la libertad de conciencia” lo cual no expresa un Derecho subjetivo en el sentido técnico de esta denominación, sino que expresa que el Derecho positivo, que todo orden jurídico positivo, por exigencia axiológica debe establecer y garantizar en sus normas la libertad de conciencia.

37. En cuanto a lo que se refiere a las libertades políticas, hay que reconocer que éstas suponen un juego limpio en el que todos acepten las mismas reglas, las cuales consisten en afirmar dichas libertades para todos y cada uno. Por eso, hay que reconocer y declarar enfáticamente que la intrínseca y esencial lógica de la libertad, demanda que se niegue el ejercicio de cualquier libertad política a quien quiera aprovechar ese ejercicio para destruir, preparar la destrucción o contribuir a la destrucción de cualesquiera de los derechos fundamentales del hombre.

38. Con vista a la filosofía de la creación del Derecho, es decir, a la filosofía de la política legislativa y de la política judicial, es preciso darse cuenta de que el De-

recho positivo es siempre una *obra circunstancial*, suscitada por necesidades humanas, sentidas en una determinada situación social, y encaminada a producir en ésta los efectos que se considera justos y convenientes. El Derecho positivo no puede ser jamás un conjunto de *verdades*, ni un conjunto de intentos de aproximación a unas *verdades*, sino que por el contrario, el Derecho positivo es un conjunto de *instrumentos fabricados por los hombres* para producir determinados efectos en la realidad social, los efectos reputados como justos y útiles. Por eso, las normas del Derecho positivo son la respuesta que el legislador, la sociedad (por vía consuetudinaria), o el juez dan para satisfacer determinadas necesidades sociales, para resolver ciertos problemas o conflictos de la convivencia y cooperación humanas, en un lugar y en un tiempo determinados, inspirándose para ello en las valoraciones que estiman correctas.

39. Consiguientemente, las normas del Derecho positivo no pueden ni deben ser jamás tratadas como proposiciones con validez intrínseca en sí mismas, de las cuales quepa producir por inferencia, conclusiones en una serie silogística y limitada. Por el contrario, su validez, no sólo su validez axiológica, sino también su validez formal dentro de un determinado orden positivo, no depende de la corrección de un silogismo, sino que depende de la verificación de sus resultados prácticos en cada momento, es decir, depende del hecho de que su aplicación produzca el tipo de efectos que los autores de las normas trataron de conseguir; y, por ende, su validez está necesariamente condicionada por el contexto situacional en el que se produjeron, y para el cual se produjeron.

40. El tipo de razonamiento que deben desarrollar los autores de las normas generales — el legislador — y los autores de las normas individualizadas — los jueces — no pertenecen al campo de la lógica tradicional, esto es, de la lógica de *lo racional*, puro, de tipo matemático,

sino que, por el contrario, pertenece a otra lógica diferente, a al logos de lo humano o de lo razonable. La lógica tradicional, la lógica pura, o sea la de lo racional no constituye la totalidad de la lógica entera; antes bien, por el contrario, es sólo una parte del *logos*, la parte del logos que sirve para el trato con las ideas puras, *a priori*, y para la aprehensión de los fenómenos de la naturaleza física. Pero hay otras partes de la lógica. Así, las que se han llamado: el logos de la razón vital, el logos de la razón histórica, el logos de lo estimativo, el logos de la finalidad, el logos de la experiencia humana. No se puede aquí tratar la totalidad del tema de una cartografía general del logos. Aquí se trata tan sólo de destacar que a la acción humana — de la cual el Derecho es una forma — le es propia una lógica diferente de la lógica de lo racional o de la razón físico-matemática, a saber: la lógica de lo razonable.

41. La lógica de lo razonable, aunque sea muy diferente de la lógica de lo racional, es razón rigurosa, estricta, justificada.

42. El logos de la acción humana o logos de lo razonable, en materia jurídica, está circunscrito por la realidad del mundo social particular, en el cual, con el cual y para el cual se elaboran normas de Derecho. Está además impregnado de valoraciones. Tales valoraciones están referidas a una determinada situación, y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades y las limitaciones reales. Está, además, regido por razones de congruencia o adecuación: a) entre la realidad social y los valores (cuáles son los valores pertinentes para la regulación de una determinada realidad social); b) entre los valores y los fines (cuáles son los fines valiosos); c) entre los fines y la realidad social concreta (cuáles son los fines de realización posible y conveniente); d) entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines, en cuanto a la corrección ética de los

medios, y en cuanto a la eficacia de éstos. El logos de lo razonable está además orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica, esto es, individual y social, y se desenvuelve al compás de esta experiencia.

43. Con el logos de lo razonable se resuelve por fin, de un modo satisfactorio el problema de la interpretación del Derecho. Del barulho y confusión que reinaron en este tema, da idea el hecho de que se hablaba, en plural, de “métodos” de interpretación. No puede haber nada más que un solo método, a saber, el método del logos de lo razonable. Con este método se superan todas las dificultades que antes habían resultado poco menos que insalvables, al menos insalvables en el campo teórico.

# Fundamentos da concepção tridimensional do direito.

*Miguel Reale*

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

## I

### Principais teorias Tridimensionais do Direito. Culturalismo e tridimensionalidade

1. Múltiplas são hoje as teorias que põem em relêvo a natureza *tridimensional* da experiência jurídica, nesta discriminando três “elementos”, “fatôres” ou “momentos”, (a diversidade dos termos já denota as diferenças de concepção), usualmente indicados com as palavras *fato*, *valor* e *norma*.

Tal discriminação, implícita em tôda e qualquer concepção culturalista do Direito, encontra a sua fonte imediata nas obras de EMIL LASK e GUSTAV RADBRUCH<sup>1</sup>, no que se refere à área do Direito de tradição romanística (Europa continental latino-germânica e tôda a América hispérica) apresentando um desenvolvimento autônomo na América do Norte e na Inglaterra, cujo motivo determi-

---

1. v. EMIL LASK, *Filosofia Jurídica*, trad. de R. Goldschmidt, 1946 (*Rechtsphilosophie*, 1913); GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1932 (Há tradução portuguesa desse trabalho, com ampla Introdução de CABRAL DE MONCADA, 1937).

nante talvez se possa encontrar na sugestiva e complexa obra de ROSCOE POUND<sup>2</sup>.

2. Do vivo contraste entre *jusnaturalistas*, empenhados na fundamentação transcendente dos valores jurídicos, e *positivistas*, afirmadores da imanência daqueles valores na experiência histórica, resultou a posição dos dois citados mestres da Escola sud-occidental alemã, cuja solução, em última análise, se caracteriza pela interposição de um terceiro elemento, de ligação, entre realidade e idealidade, substrato empírico e valor: o domínio da *cultura*, a que correspondem os juízos referidos a valores.

Dessarte, procuram LASK e RADBRUCH superar a antinomia surgida entre a a-historicidade de um valor transcendente, do qual artificialmente se pretendia deduzir o sistema das normas positivas, e o mero significado contingente do empiricamente individualizado, e, como tal, insuscetível de compreensão de validade universal.

A categoria da *cultura*, além de permitir a referibilidade do *ser* ao *dever ser* (mas não a recíproca *convertibilidade*, visto permanecer de pé a tese fundamental de KANT sôbre a inviabilidade lógica de passar-se do “ser” ao “dever ser”, e ser também impossível pensar-se um “dever ser” que se exaura no mundo do “ser”) dava lugar a uma cômoda distribuição de pesquisas entre o filósofo, o sociólogo e o jurista, o primeiro incumbido de estudar a transcendentalidade dos *valores* jurídicos, ou os valores jurídicos em si mesmos, com a conseqüente redução da Filosofia do Direito a uma Axiologia jurídica fundamental; o segundo com a tarefa de indagar das leis que regem as estruturas e os processos *fáticos* do Direito, isto é, o Direito como *fato social*, nos quadros da Sociologia jurídica, subordinada ao método indutivo ou experimental; e o terceiro, finalmente, empenhado na análise do Direito enquanto realidade impregnada de significações *normati-*

---

2. Sob o prisma que mais interessa a êste estudo, v. ROSCOE POUND, *Law and Moral*, 1926; *Interpretation of Legal History*, 1923; *An Introduction to the Philosophy of Law*, 7.<sup>a</sup> ed., 1946.

vas, segundo os cânones da Jurisprudência ou Ciência do Direito, distinta pela especificidade do método jurídico-dogmático<sup>3</sup>.

Desdobra-se, como se vê, na doutrina dos dois mestres germânicos o que denominamos *tridimensionalidade genérica e abstrata do Direito*, visto como a análise ôntica do fenômeno jurídico os conduz a conceber, *abstrata e separadamente*, cada um dos três elementos encontrados, correspondendo a cada um deles, singularmente considerado, respectivamente, um *objeto*, um *método* e uma *ordem particular de conhecimentos*: a ciência integral do Direito seria obtida graças à integração dos três estudos (LASK), ou em virtude da simples justaposição de três perspectivas entre si irreconciliáveis e antinômicas (RADBRUCH).

3. Note-se que também ao pensamento filosófico-jurídico italiano não passou despercebida, de certa forma, a tridimensionalidade do Direito, pelo menos de um ponto de vista pedagógico, com a conhecida divisão da Filosofia do Direito em Gnoseologia, Deontologia e Fenomenologia Jurídicas, como foi admiravelmente desenvolvida desde ICILIO VANNI a GIORGIO DEL VECCHIO, e que ainda hoje constitui a orientação prevalecente nesta ordem de estudos<sup>4</sup>.

Não basta porém, distinguir, metodologicamente, as três possíveis tarefas fundamentais da pesquisa jusfilosófica, se não se levar também em conta a tridimensionalidade no plano da Ciência positiva do Direito, ou seja,

---

3. Para maior esclarecimento desse tipo de formulação tridimensional, v. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. II, p. 471-473 e 375-478.

4. Cfr. ICILIO VANNI, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Bolonha, 1904, I Parte, Cap. II; GIORGIO DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, X ed., Milão, 1950, p. 188 e segs., ADOLFO RAVÀ, *Lezioni di Filosofia del diritto*, Pádua, 3.<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 39 e segs.; Para uma crítica dessa posição v. FELICE BATTAGLIA, *Corso di Filosofia del diritto*, Roma, 3.<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 18 e segs.

da experiência jurídica como tal, assim como a correlação dialética que a caracteriza.

De outra forma, aquela distinção apresenta um valor puramente formal ou abstrato, indiferente às co-implicações, por exemplo, da Sociologia Jurídica com a Dogmática Jurídica, sem lhe corresponder uma tarefa efetiva no momento concreto da interpretação e da aplicação do direito.

### O tridimensionalismo na América do Norte.

4. Na América do Norte e na Inglaterra pode observar-se desenvolvimento análogo nos estudos, embora subordinado a bem diversos pressupostos filosóficos. Nos quadros amplos do *naturalismo* anglo-americano, — dotado, como se sabe, de características inconfundíveis com as da corrente que na Europa ou na América Latina se costuma designar com o mesmo nome, — é que se veio a sentir a necessidade de uma terceira posição, superadora das antíteses empiricamente surgidas entre a *Analytical Jurisprudence*, fiel à tradição de JOHN AUSTIN, e as duas outras orientações, também entre si contrastantes, a *Ethical Jurisprudence*, centrada nas *Theories of Justice*, de tradição jusnaturalista, e a *Historical Jurisprudence*, ou a *Sociological Jurisprudence*, fundadas em não menos relevante tradição, a dos estudos de SUMNER MAINE e MAITLAND.

Foi a abertura do naturalismo a um complexo de outras influências, em função de novas conjunturas históricas, que determinou a progressiva convergência das análises no sentido de uma composição eclética, mais do que para uma síntese, o que, pela primeira vez se observa, como já dissemos, nos estudos de ROSCOE POUND, dos quais derivam concepções expressamente tricotômicas e genéricas, como as de JULIUS STONE, CAIRNS ou FRIEDMANN<sup>5</sup>.

---

5. v. as obras de CAIRNS, *Law and the Social Sciences*, 1935; *The Theory of Legal Science*, 1941 e *Legal Philosophy from Plato to Hegel*,

Segundo ROSCOE POUND, as diferentes Escolas de juristas do século passado nada mais fizeram senão considerar elementos distintos da complexa realidade que denominamos Direito. Os adeptos da corrente analítica, escreve êle, cuidaram exclusivamente do corpo dos preceitos estabelecidos, em virtude dos quais um resultado legal definido é ligado a uma definida situação de fato. Os juristas de tendência historicista preocuparam-se mais com as idéias e as técnicas tradicionais, assim como com “costumes” condicionadores de decisões conformes às exigências da vida; e, finalmente, o jurista-filósofo foi tentado a ver mais os fins éticos, as exigências ideais do Direito, o que chamou “lei natural”, como padrão de aferição da lei positiva <sup>6</sup>.

Após analisar essas três posições, o antigo mestre de Harvard conclui que os três pontos de vista (“law by enactment”, “law by convention” e “law by nature”) se completam, reciprocamente, demonstrando o artifício de separações radicais <sup>7</sup>.

É dessa colocação inicial de ROSCOE POUND que decorre a concepção de uma Jurisprudência integral, segundo os moldes da que nos é oferecida por JULIUS STONES, constituída por três ramos distintos, (o filosófico, o sociológico e o analítico) todos devidamente integrados no universo da Ciência jurídica.

5. Ao mesmo tempo que se operava essa correlação de estudos ou de perspectivas, foi observado também que,

---

1949; JULIUS STONE, *The Province and Function of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 1950; e FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2.<sup>a</sup> ed., 1949. Sobre a concepção de POUND e STONE, em confronto com o que êle denomina “fórmula Reale”, v. JOSEF L. KUNZ, *Sobre a problemática da Filosofia do Direito nos meados do século XX*, na “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, 1951 (tradução de estudo publicado na *Östere Zeitschrift für öffentliches Recht*”, Viena, vol. IV).

6. ROSCOE POUND, *Law and Moral*, *cit.*, p. 23 e segs.

7. ROSCOE POUND, *Op. cit.*, p. 113 e segs.

considerado apenas sob o prisma metodológico, o normativismo jurídico puro de HANS KELSEN não pode deixar de pressupor a prévia discriminação de três objetos de pesquisa, dois dos quais (o filosófico e o sociológico) são por êle excluídos da Ciência do Direito como tal, para reaparecer, porém, em planos distintos, compondo esferas de investigação de natureza e alcance *metajurídicos*.

STONE viu bem o problema quando aproximou a sua tricotomia à de KELSEN, mas observando desde logo: “*Alio intuitu*, a divisão *Teoria Pura de Direito, Sociologia Jurídica e Filosofia da Justiça* já foi claramente estabelecida por KELSEN. Essa é substancialmente a divisão por mim adotada, se bem que HANS KELSEN a faça visando excluir as duas outras do campo da Jurisprudência. Nosso propósito é, ao contrário, regularizar e consolidar o lugar de tôdas as três. O objetivo de KELSEN, ao pôr aquela distinção, tem sido às vêzes desacreditar a Jurisprudência sociológica ou a Teoria da Justiça como campos apropriados de indagação de natureza *jurídica*”<sup>8</sup>.

Segundo JOSEF KUNZ, poder-se-ia falar, a respeito de H. KELSEN, em tricotomia *implícita*,<sup>9</sup> mas talvez seja preferível apreciá-la como tridimensionalidade metodológico-negativa: no seu sistema, com efeito, é apenas a Ciência de Direito, como estudo lógico-sistemático de normas, que possui caráter jurídico, ressalvado sempre o caráter *metajurídico* tanto da Teoria da Justiça como da Sociologia jurídica.

### O tridimensionalismo na cultura hispânica.

6. Se, porém, KELSEN considerava metajurídicos, do ponto de vista estrito da Ciência pura do Direito, tanto a compreensão do filósofo como a do sociólogo, outros autores deram à *Reine Rechtslehre* um entendimento tal que

---

8. J. STONE, *The Province and Function of Law*, cit. p. 30, n. 111.

9. KUNZ, *loc. cit.*, p. 23 e 37.

lhes pareceu possível conciliar o normativismo lógico da Jurisprudência com a Axiologia e a Sociologia jurídicas, o que foi feito de maneiras diversas, mas sempre de modo a se distinguirem três perspectivas, em geral consideradas irredutíveis.

Esse *perspectivismo tricotômico* nota-se sobretudo nas obras de L. LEGAZ Y LACAMBRA e E. GARCÍA MÁYNEZ,<sup>10</sup> nas quais se percebe a justaposição dos motivos crítico-transcendentais do kelsenismo com pressupostos axiológicos inspirados, não só na Filosofia dos valores, como especialmente na Ética de MAX SCHELER ou NICOLAI HARTMANN.

Segundo tal orientação, verifica-se uma aporia entre os três pontos de vista possíveis concernentes ao Direito, chegando MÁYNEZ à conclusão de que “não se trata de espécies diversas de um único gênero, nem de facetas diferentes de uma mesma realidade, mas sim de *objetos distintos*”.

A uma tridimensionalidade genérica reduz-se, em última análise, a *teoria egológica* de CARLOS COSSIO, que dá à Teoria Pura mero valor de Lógica jurídica formal, completando-a com outras ordens de pesquisas, atinentes aos aspectos fático e axiológico, discerníveis no Direito concebido como “conduta em interferência intersubjetiva”<sup>11</sup>.

---

10. v. de L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Kelsen*, 1933 e *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1943 e de GARCÍA MÁYNEZ, *La Definición del Derecho, Ensayo de Perspectivismo Jurídico*, 1948.

11. Em trabalho publicado em *La Ley*, de 12 de junho de 1956, p. 4, sob o título *Las actitudes filosóficas de la Ciencia Jurídica*, escreve CARLOS COSSIO: “Afirmar hoje que o Direito é cultura é referir-se a um lugar comum. Sem embargo, esta verdade ontológica ainda não penetrou no seio da Ciência normativa do Direito, de forma a transmutar conceitos dogmáticos fundamentais dando lugar a uma nova técnica judicial e forense. *Afirmar, em consonância com aquela tese, que o Direito se apresenta como fato, como valor e como norma, começa a ser também uma afirmação corrente no campo jusfilosófico.* Essa é a palavra de JEROME HALL, na América inglesa; de EDUARDO GARCIA MÁYNEZ, na América espanhola; de MIGUEL REALE, na América portuguesa, todos eles verdadeiros príncipes da inteligência em nosso domínio”.

Embora sob influência de outros pressupostos filosóficos ainda podem ser lembrados outros exemplos de tridimensionalidade jurídica genérica, como a de PAUL ROUBIER e BARNA HORVATH e, de certa forma, também NORBERTO BOBBIO e ANTOLISEI<sup>12</sup>.

6. Lugar à parte ocupa RECASÉNS SICHES, o qual, através de uma original concepção inspirada nos pressupostos do “raciovitalismo” de ORTEGA Y GASSET, elaborou, inicialmente, um tridimensionalismo perspectivístico, que exerceu larga influência no mundo jurídico latino-americano, para, afinal, dar-me a honra de acolher, integralmente a que denomino “tridimensionalidade específica”, consoante resulta desta precisa explanação: “Esa realidad que constituye el Derecho y que posee la dimensión de referirse a valores, tiene forma *normativa*. O sea, el *Derecho es norma*, com especiales características, *elaborada por los hombres con el propósito de realizar unos valores*.”

“En esta concepción, continua RECASÉNS, se conservan las tres dimensiones de las que se ha venido hablando — *valor, norma y hecho* —, pero indisolublemente unidas entre si en *relaciones de esencial implicación*. El Derecho no es un valor puro, ni es una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simples hecho social con notas particulares. Derecho es una obra humana social (*hecho*) de forma *normativa* encaminada a la realización de unos *valores*”<sup>13</sup>.

---

12. v. ROUBIER, *Théorie Générale du Droit*, 2.<sup>a</sup> ed., 1951 e *Le rôle de la volonté dans la création des droit et des devoirs*, in “Archives de Philosophie du droit”, 1958. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit. vol. II, p. 485 e seg. e 522 e seg.

13. L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 1959, p. 159. RECASÉNS adverte, à p. 158, que o direito “consiste (...) en un objeto que esencialmente contiene los tres aspectos íntima e recíprocamente unidos de modo inseparable, según lo ha mostrado certeramente (...) MIGUEL REALE”.

### Tridimensionalidade específica.

8. Era natural que, em um dado momento dos estudos, parecesse insustentável a posição correspondente a uma concepção tridimensional genérica, ou abstrata, vacilante entre uma justaposição extrínseca de perspectivas e uma confessada antinomia ou aporia entre os três pontos de vistas possíveis sôbre a experiência do Direito.

Foi por volta de 1940 que surgiram as primeiras tentativas no sentido de mostrar-se a ilogicidade das teorias que, apresentando a realidade jurídica como sendo constituída de três elementos, isto não obstante, continuavam a conferir plena juridicidade a cada um dêles, abstraído dos demais: foram as pesquisas de WILHELM SAUER<sup>14</sup> na Alemanha, e as minhas no Brasil<sup>15</sup>. Só posteriormente é que se desenvolveu o integralismo jurídico de JEROME HALL<sup>16</sup>, também caracterizado pela afirmação comum de que qualquer pesquisa sôbre o Direito, seja ela filosófica, sociológica ou técnico-normativa, deve ser, *necessária e essencialmente*, tridimensional.

Tal concepção cessa de apreciar fato, valor e norma como *elementos separáveis* da experiência jurídica e passa a apresentá-los, ou como perspectivas (SAUER e HALL) ou como *fatôres* ou *momentos* (REALE) inelimináveis do Direito: é o que denominamos de tridimensionalidade específica, sendo que a de SAUER apresenta mais caráter

---

14. WILHELM SAUER, *Juristische Methodenlehre*, 1940 e *Juristische Elementarlehre*, 1944.

15. MIGUEL REALE, *Fundamentos de Direito*, 1940; *Teoria do Direito e do Estado*, 1.<sup>a</sup> ed., 1940; 2.<sup>a</sup> ed., 1960; *Filosofia do Direito*, cit.: *Aspectos da teoria tridimensional do Direito*, 1958.

16. JEROME HALL, *Integrative Jurisprudence*, in "Interpretations of Modern Legal Philosophies", 1947; *Living Law of a Democratic Society*, 1949. (Há trad. portuguesa, com prefácio de PAULO DOURADO DE GUSMÃO) e *Reason and Reality in Jurisprudence*, 1958 (Há trad. castelhana de PEDRO R. DAVID, 1959).

estático ou descritivo; a segunda se reveste de acentuado cunho sociológico, enquanto que a minha concepção procura correlacionar dialéticamente os três elementos em uma unidade integrante.

Vê-se, pois, que mesmo o *tridimensionalismo específico* oferece múltiplas e até mesmo contrastantes formulações, de tal sorte que uma doutrina não pode se distinguir das demais pelo simples afirmar-se de uma *tricotomia essencial*.

Inegáveis são, todavia, os pontos de contato entre as três concepções, pelo menos quanto ao propósito de não perder jamais de vista os três elementos ou fatores de que se compõe *essencialmente* tôda e qualquer experiência jurídica, seja ela objeto de estudo por parte do jurista, do sociólogo do Direito ou do jusfilósofo<sup>17</sup>.

Pode-se dizer que SAUER, fundado na sua teoria da *mônada de valor*, dá mais realce ao *elemento axiológico*, ao qual ficam subordinados os outros dois, ao passo que na doutrina de HALL são os elementos *valor* e *norma* que acabam subordinados, de certo modo, a uma compreensão *fática*, embora não empírica, dada a sua afirmação fundamental de que, em sua *plenitude*, “o Direito é uma coalescência específica de forma, valor e fato”.

## II

### Tridimensionalidade e Dialética da Polaridade.

#### Problemas prévios

9. Em geral, os tridimensionalistas, quer aceitem ou não esta qualificação, têm-se limitado a afirmar o caráter fático-axiológico-normativo do Direito, sem tirar desta colocação do problema tôdas as conseqüências nela impli-

---

17. Sôbre as correlações entre a minha teoria e a de HALL, v. o estudo de PEDRO R. DAVID, *Dos concepciones del Derecho integrativas: Hall y Reale* nos *Anais do III Congresso Brasileiro de Filosofia*, 1960.

citadas e que, no meu modo de entender, são do mais alto alcance para a Ciência do Direito, não só para esclarecer e determinar melhor velhos problemas, como também para situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo.

Em verdade, assente que seja a natureza essencialmente triádica do Direito, de sorte que a nenhum especialista possa ser dado isolar, de maneira absoluta, um dos fatores para torná-lo objeto de qualquer pesquisa de ordem *jurídica*, surgem, desde logo, alguns problemas, a saber:

- a) Se há três fatores correlacionados no Direito, que é que garante a *unidade* do processo de elaboração jurídica, e em que essa unidade consiste?
- b) Se no Direito há três fatores, como é que eles se *correlacionam*, ou, por outras palavras, como *atuam* uns sobre os outros? Pode-se falar em fator dominante, que subordine os demais ao ângulo de sua perspectiva?
- c) Se todo estudo do Direito é tridimensional, como se distinguirão entre si, respectivamente, as investigações filosófica, sociológica e técnico-formal que tenham por objeto a experiência jurídica?

Da resposta dada a essas perguntas básicas decorrem outras, como, por exemplo, a relativa à possível classificação do saber jurídico, ou mais claramente, das diversas *ciências do direito*, à luz do tridimensionalismo, com uma distinção dos estudos segundo os diversos planos e âmbitos de pesquisa, o transcendental (filosófico) e o empírico-positivo<sup>18</sup>.

---

18. Sobre a *classificação tridimensional* das Ciências do Direito, v. MIGUEL REALE, *Aspectos da Teoria Tridimensional*, cit. e as precisas e esclarecedoras páginas de RECASÉNS SICHES em seu *Tratado*, cit., p. 160-163. Quanto à *classificação tridimensional* das Ciências Políticas, v. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, 1960, Apêndice.

10. Enquanto que JEROME HALL opta por uma solução unitária e indiferença, afirmando que não há senão uma Ciência do Direito, a *Integrative Jurisprudence*, da qual resultariam várias aplicações técnicas ou artísticas, não obstante terem como único objeto um determinado e distinto “tipo de conduta”<sup>19</sup>, penso que o saber jurídico não se apresenta, em seu todo, como uma espécie de “scientia omnibus”, mas se desdobra em planos lógicos que não podem e não devem ser confundidos (o plano transcendental e o empírico-positivo) sendo que, em cada um desses planos, se discriminam âmbitos ou esferas distintas de pesquisa, que dão título de autonomia, por exemplo, à Sociologia do Direito, à Política do Direito, à Ciência Dogmática do Direito, à História do Direito e às diversas partes em que se desenvolve a Filosofia Jurídica.

O Direito é, por certo, um só para todos os que o estudam, havendo necessidade de que os diversos especialistas se mantenham em permanente contato, suprindo e completando as respectivas indagações, mas isto não quer dizer que, em sentido próprio, se possa falar numa única Ciência do Direito, a não ser dando ao termo “Ciência” a conotação genérica de “conhecimento” ou “saber”, suscetível de desdobrar-se em múltiplas “formas de saber”, em função dos vários “objetos” de cognição que a experiência do Direito logicamente possibilita.

---

19. Escreve HALL: “If there is only one knowledge of science of law, there is only one subject matter that constitutes law. The jurisprudential problem is to discover and describe that subject matter, and also to reduce verbal difficulties regarding it. The subject matter is actual positive law, which I have described as a type of conduct that is distinctive in its expression of legal ideas. It is, in other words, the subject matter of the empirical legal scientist” (*Reason and Reality in Jurisprudence*, cit. p. 394).

O jurisfilósofo norteamericano completa seu pensamento sobre a unidade da Ciência do Direito: “If there is only one science of law, it follows that the various specialists have drawn upon particular parts of it which, for good reason, they have emphasized or supplemented” (*loc. cit.*, p. 395).

A unidade do Direito é uma unidade de *processus*, essencialmente dialética e histórica, e não apenas uma distinta aglutinação de fatôres na conduta humana, como se esta pudesse ser conduta *jurídica* abstraída daqueles três elementos (fato, valor e norma) que são o que a tornam pensável como conduta e, mais ainda, como conduta jurídica. Não se deve pensar, em suma, a conduta como uma espécie de morada que acolhe três personagens, pois a conduta, ou é a implicação daqueles três fatôres, ou não é nada, confundindo-se com qualquer forma de atividade psico-física indiferenciada.

Quando falamos em *conduta jurídica* não devemos, pois, pensar em algo substancial ou de “substante”, capaz de receber os timbres exteriores de um sentido axiológico ou de uma diretriz normativa: ela é, ao contrário, conduta jurídica enquanto e na medida em que já é dotada daquele sentido e daquela diretriz, ou seja, enquanto se revela fático-axiológico-normativa.

### Natureza dialética da integração jurídica.

11. Que o Direito seja *fato histórico-cultural* eis um ponto com o qual estou de pleno acôrdo: mas, é fato histórico-cultural, ou produto de vida humana objetivada, sòmente enquanto o *factum* do homem se integra *normativamente* no sentido de certos *valores*.

Ora, essa unidade de *processus* encontra, a meu ver, a sua raiz e fundamento na análise mesma do homem e de sua radical polaridade e historicidade.

Se pensarmos em tudo o que o homem, através do devir histórico-social, veio constituindo e realizando, em obras e em atos, teremos a “dimensão objetiva do próprio homem”, o que se sói denominar mundo histórico, espírito objetivo, mundo cultural, ou que melhor nome tenha.

Parece-me que se poderia falar em “intencionalidades objetivadas”. Cada um e todos os bens culturais — desde

os mais vulgares até às supremas criações da arte, da ciência e da religião, — possuem uma natureza binada: *são* enquanto *devem ser*, (*realidades* referidas a *valores*), e, por conseguinte, existem tão somente na medida em que valem para algo. O valor peculiar a tais entes é, no entanto, um valor reflexo, visto pressuporem a intencionalidade axiológica do homem como agente da história.

A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena consciência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do Direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem.

Pensar, porém, o homem como ente essencialmente histórico é afirmá-lo como fonte de todos os valores, cujo projetar-se no tempo nada mais é do que a expressão mesma do espírito humano “in acto”, como *possibilidade de atuação infinita e livre*.

12. 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 significado ao que se *é* e se *foi*, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre *valor e tempo, Axiologia e História*.

Ora, como já disse, o mundo da cultura, — enquanto se apresenta como um patrimônio de atos objetivados no tempo, ou se traduz em “acúmulo de obras”, — é o mundo das intencionalidades objetivas, sendo, como tal, reflexo e segundo, mas e se apresenta sob outro prisma se através das obras procuramos redescobrir o *ato* criador ou demiurgo, o espírito como liberdade constitutiva da história, e, então, se chega à conclusão primordial de que, dentre todos os entes, somente o homem, de uma forma *originá-*

ria e fundante, é e deve ser, e, mais ainda, que o ser do homem é o seu *dever ser*.

O revelar-se do homem a si mesmo já é em si e por si um valor, a fonte de todos os valores. O *ser* do homem é, repito, de maneira originária, e não derivada, o seu *dever ser*. E se no chamado “mundo da cultura” há análoga integração fático-axiológica, é porque o homem o constitui “à sua imagem e semelhança”...

13. Assim como, no plano gnoseológico, sujeito e objeto se implicam e se correlacionam, *ontognoseologicamente*, sem que um termo possa ser reduzido ao outro, e sem que, ao mesmo tempo, um dêles seja pensável sem o outro, (polaridade *gnoseológica* entre subjetividade e objetividade) da mesma forma o homem, na raiz de seu ser histórico, é enquanto *deve ser*, mas jamais a sua existência esgota as virtualidades de seu projetar-se temporal-axiológico, nem os valores são concebíveis estrapalados ou abstraídos do existir histórico (polaridade *ética* entre *ser* e *dever ser*)<sup>20</sup>.

É dessa correlação e implicação de caráter bipolar que surge e se constitui o devir histórico, cuja unidade é, pois, dialética ou de *processus*, cada valor se atualizando em

---

20. Impossível, na brevidade destas páginas, sintetizar meu pensamento sobre o que denomino *ontognoseologia* e *dialética da polaridade*. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 2.<sup>a</sup> ed., 1957 (há trad. italiana de BAGOLINI e RICCI, G. Giappichelli, Editore, Turim, 1956) e *Para um criticismo ontognoseológico*, em “Horizontes do Direito e da História”, 1957.

A polaridade, quer no plano gnoseológico, quer no plano ético, resolve-se em um processo dialético unitário de implicação e polaridade: a análise fenomenológica do ato *cognitivo* ou da ação *prática* revela-nos a *polaridade* entre teoria e prática, como termos que se correlacionam: é tal implicação que condiciona transcendentalmente a unidade dialética do espírito, como tal incompatível com o divórcio feito por KANT entre a instância teórica e a instância prática.

É através da *dialética da polaridade* que, a meu ver, será possível restabelecer a co-implicação entre “experiência gnoseológica” e “experiência ética”, reclamada pela unidade fundamental do espírito.

momentos existenciais que não exaurem os motivos axiológicos, mas antes põem a exigência de sempre renovadas experiências de valores.

Pois bem, entre as modalidades ou espécies dessas experiências está a do Direito, que, por conseguinte, é tridimensional, como tudo que é cultural, como *tensão* entre *factum* e *valor*, tensão que se expressa na objetividade das normas.

A tridimenssionalidade da conduta ética especifica-se, pois, como tridimensionalidade da conduta jurídica, o que exclui a possibilidade de reduzir-se o Direito a um ordenamento lógico-formal.

#### Por um normativismo jurídico concreto.

14. Assente o caráter dialético, de implicação e polaridade, que governa a projeção de *valores* no *factum* da experiência jurídica, refletindo-se em sucessivas *objetividades normativas*, já está aberto o caminho para a resposta à segunda pergunta formulada no parágrafo nove deste trabalho.

Se a unidade é dialética, ela se desdobra em *momentos*, valendo por sua unidade e em sua unidade, sem que qualquer dos fatores possa ser considerado prevalecente, *de maneira absoluta*.

De maneira relativa, porém, pode-se dizer que para o jurista, enquanto jurista, o *momento culminante* é o *normativo*: a norma jurídica, contudo, não será jamais compreendida integralmente apenas sob seu aspecto formal de proposição lógica, (embora possa e deva ser estudada, por abstração, pela Lógica Jurídica formal) pois ela envolve, *necessária e concomitantemente*, uma referência tensional aos *dados de fato* e às *exigências axiológicas* que lhe deram vida, assim como às intercorrentes ou sucessivas implicações fático-axiológicas que lhe alteram o significado. Essa a razão pela qual o *normativismo jurídico*, compatível com a minha concepção tridimen-

sional do direito, é, frize-se bem, um *normativismo concreto*, e não um *normativismo abstrato e formal*<sup>21</sup>.

Sob o prisma da Jurisprudência ou Ciência Jurídica, o direito deve ser visto como *norma* sim, mas desde que se a considere uma unidade integrante e dialética de  *fatos* e  *valores*. Cada norma jurídica traduz a solução ou a composição tensional que, no âmbito de certa conjuntura histórico-social, foi possível atingir entre  *exigências axiológicas* (ideais políticos, centro de interesse, pressões ideológico-econômicas, valorações jurídicas, morais, religiosas, etc.) e um dado complexo de  *fatos*.

Desnecessário é dizer que a norma jurídica não brota do fato graças a um  *processus* de revelação imanente, como ocorre com as leis fisico-naturais explicativas dos fenômenos, as quais são, no fundo, como já foi dito com acêrto, “o retrato sintético do fato”. As normas jurídicas, longe de serem mera captação do que no fato  *já se contém*, envolvem uma  *tomada de posição opcional e constitutiva* por parte do homem, à vista do  *fato* e segundo critérios de  *valor* irredutíveis ao plano da faticidade. A norma é, pois, síntese superadora que traduz, não um direito ideal ou mais perfeito, mas apenas o Direito  *positivo* ou  *positivável*, em função de  *valorações* prevalecentes em dado meio social.

Como, porém, após a emanção da norma, prosseguem as experiências axiológicas, operando-se mutações maiores ou menores na tábua dos valores ou na sua incidência e compreensão particular, e como, concomitantemente, se verificam alterações contínuas nas situações fáticas, mister é reconhecer que a norma jurídica permanece sempre em  *estado tensional*: a sua realizabilidade (e, desde JHERING se diz que a  *realizabilidade* é da essência do Direito) implica uma contínua referência às conexões fático-axiológicas já vividas, bem como a novas conexões fático-axiológicas inerentes ao devir histórico.

---

21. v. nosso trabalho:  *A crise do normativismo e o normativismo jurídico concreto*, em “Aspectos da teoria tridimensional do Direito”,  *cit.*.

Em suma, na *concepção tridimensional dialético-integrante* do Direito, — que é a correspondente a meu pensamento, — a *norma jurídica*:

- 1) assinala um *momento conclusivo*, mas particular, visto se achar inserida em um “processus” sempre aberto à superveniência de novos fatos e novas valorações;
- 2) não tem significação em si mesma, como um dado matemático, ou seja, abstraída da experiência (*normativismo abstrato*) mas vale na funcionalidade dos momentos que condicionam a sua eficácia (*normativismo concreto*);
- 3) envolve uma prévia tomada de posição opcional, ou seja numa *decisão* por parte do Poder, quer se trate de um órgão constitucionalmente predisposto à emanção das regras de direito, quer se trate do Poder difuso no corpo social, como acontece na hipótese das normas jurídicas consuetudinárias;
- 4) não pode ser interpretada e aplicada como simples proposição lógica: sua estrutura lógico-formal é *suporte* de significações estimativas, e pressupõe permanente referibilidade ao plano fático;
- 5) possui uma certa *elasticidade*, capaz de atender, em maior ou menor grau, às variações fático-axiológicas. Quando tal elasticidade se torna incompatível com as mutações processadas no meio social, impõe-se a revogação ou a derrogação da norma por outra mais adequada.

Tais asserções equivalem a dizer que a norma jurídica sofre uma alteração *semântica*, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a permanência intocável de sua roupagem verbal: a *semântica jurídica*, isto é, o estudo das mutações do sentido temporal das regras de direito, é a demonstração cabal de sua natureza integrante e dialética.

### Faticidade e axiologia.

15. Se para o jurista, enquanto jurista, o Direito se apresenta *sub specie normativitatis*, o mesmo não acontece segundo outras perspectivas.

Para o sociólogo do Direito, por exemplo, o *punctum saliens* do processo dialético da positividade jurídica é representado pelo *factum* da conduta, cuja compreensão reclama, todavia, a referência aos outros dois fatores, afim de que se possa falar em fato *especificamente jurídico*, e não de fato *genêricamente social*: é a tridimensionalidade que explica e legitima a autonomia de uma Sociologia Jurídica no âmbito da Sociologia Geral.

Quando se afirma que a Sociologia Jurídica tem por objeto o estudo do Direito como fato social não se está dizendo outra coisa, mas sem clara consciência teórica. Com efeito, um fato social só pode ser considerado *jurídico* por apresentar algo de específico: a especificidade do “*factum juridicum*” decorre de sua qualificação normativa, de nexos de imputabilidade, e sua correspondência a interesses e valores, que se reconhecem merecedores de garantia específica. Se se fizesse total abstração desses “elementos de referência”, perder-se-ia a nota específica da juridicidade.

Não é, pois, certo dizer que ao sociólogo só interessa a *efetividade* ou a *eficácia do Direito*, v. g. o Direito como conduta empiricamente observável: a eficácia, por mais que seja dominante na compreensão do sociólogo, envolve uma correlação necessária com a *vigência* (qualidade técnico-formal da norma jurídica) e com o *fundamento* (qualidade axiológica da norma jurídica).

Não se trata, porém, de simples questões de grau, — embora evidentemente haja uma diferença também quantitativa, — mas antes de uma diferença de momentos na captação do processo de positividade jurídica, ou de “*realizabilidade normativa de valores*”.

16. Por outro lado, o cultor da Política do Direito ou Política Legislativa, que procura a vivência dos valores nas conjunturas e contingências espaço-temporais, afim de prover a regra de direito mais oportuna e necessária, em função dos interesses atuais da comunidade, põe a *nota tônica* no momento da valoração. O político do Direito não analisa, porém, valores no plano transcendental, mas sim valorações na órbita empírico-positiva, realizando um trabalho de aferição de *diretivas axiológicas em função do possível político*.

Com isto se previne o equívoco de pensar que seja sempre de caráter filosófico-jurídico tóda e qualquer consideração do fato jurídico sob prisma axiológico. Uma coisa é o estudo dos valores como “condições transcendentais” da experiência jurídica (plano de pesquisa do filósofo do Direito); outra coisa é a indagação das valorações *atuais*, ou seja, da vivência psicológico-social de valores na condicionalidade empírica em que o legislador deve se colocar, como intérprete das aspirações coletivas (plano de pesquisa do político do Direito).

Os problemas da Política do Direito, como se depende do exposto, correspondem, principalmente, aos formulados *de lege ferenda*, assim como a Ciência do Direito se desenvolve sobretudo *de lege lata*, pela interpretação, construção e sistematização das regras jurídicas em vigor.

A tarefa da Política do Direito, ponto de intercessão do saber jurídico com o saber político, tem sido, infelizmente, excluída da cogitação científica, tornando-se cada vez mais necessário restabelecer uma tradição de estudos que uma concepção positivista demasiado estreita pensou poder substituir pelas Sociologias Jurídica e Política. Estas, na realidade, fornecem dados e elementos com os quais, em conexão com outros fatores de ordem psicológica, econômica, etc., o legislador deve orientar-se no *ato da emanção da regra jurídica*, segundo exigências axiológicas de prudência, de oportunidade e de conveniência,

tais como se configuram nas diversas conjunturas históricas e mesológicas.

O que motivou o descrédito da antiga Teoria da Legislação, nos moldes das obras clássicas de BENTHAM ou de FILANGIERI, foi o seu caráter abstrato iluminístico ou moralizante, dada a carência de conhecimentos psicológicos, sociológicos e econômicos sobre os fatos condicionadores da ação legislativa, como, por exemplo, sobre a opinião pública, as ideologias, os grupos de pressão, bem como a falta do sentido de síntese que deve possuir quem, no plano da praxis, não cuida genericamente dos valores, mas sim da problemática dos *meios* e dos *fins*, no âmbito de uma determinada convivência e nas coordenadas de uma singular situação histórica.

Se, como disse alhures, o *fim* é, no fundo, o *valor* enquanto reconhecido racionalmente como motivo de conduta, a Política do Direito assinala o momento teleológico que prepara e exige a opção por determinada solução legislativa, com exclusão ou preterição de outras vias possíveis, o que tudo implica no estudo objetivo da correlação entre os meios idôneos e os fins reclamados pela coletividade.

Não há, pois, como confundir o plano filosófico do valor, visto como condicionalidade transcendental da experiência ética em sua universalidade, com o plano científico-positivo das condicionalidades empíricas, a que se subordinam processos concretos de valoração, o que quer dizer, de conexões teleológicas que tecem a trama da positividade jurídica.

17. Clara resulta, dessarte, a distinção entre a esfera da Filosofia do Direito, — estudo crítico-transcendental das condições lógicas, axiológicas e histórico-culturais, da experiência jurídica, — e o âmbito das diversas ciências ou saberes jurídicos que tratam da experiência jurídica segundo vários critérios empírico-positivos.

Em contraposição, porém, a qualquer discriminação abstrata, penso que, sendo o conhecimento do Direito

essencialmente tridimensional, o que em cada ciência particular ocorre é o predomínio de determinada perspectiva em função de um dos três elementos apontados, distinguindo-se a indagação também pelo sentido de seu desenvolvimento. Por outras palavras, poder-se-á distinguir entre três sentidos vetoriais de pesquisa, às quais corresponderão distintas exigências metodológicas, a saber:

fato —→ valor —→ *norma* (vigência)  
valor —→ *norma* —→ *fato* (eficácia)  
*norma* —→ *fato* —→ *valor* (fundamento)

Sob êsse prisma relativo, podemos afirmar que a Ciência do Direito é normativa, visto como suas análises verticalizam-se no momento da normatividade, assim como a faticidade é o momento que interessa prevalecentemente à Sociologia Jurídica. Tais discriminações auxiliam-nos, por outro lado, a repelir a norma jurídica como pura categoria lógica, estática, simples juízo caracterizável como hipotético, disjuntivo ou conjuntivo. A norma jurídica é uma entidade histórico-cultural, momento de um processo, que reclama e envolve os outros dois para sua plena compreensão. A Lógica Jurídico-formal diz respeito ao suporte ideal da norma, esclarece-a em seu significado lógico, mas seria equívoco perder de vista a natureza dialética e integrante que lhe é própria.

Desde que, por conseguinte, se tenha sempre presente a impossibilidade de isolar-se qualquer dos três fatores que compõem o Direito, preservando-se a sua unidade dialética, penso que a tridimensionalidade fornece critérios objetivos para a classificação das formas do saber jurídico, pondo-se um pouco de ordem no “mare magnum” dos estudos pertinentes ao Direito<sup>22</sup>.

---

22. Sobre a minha classificação do saber jurídico, segundo critérios tridimensionais, v. a 2.<sup>a</sup> edição de *Teoria do Direito e do Estado*, Apêndice, citado.

# Da jurisprudência.

*Washington de B. Monteiro*

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

SUMÁRIO: 1. *Significado do vocábulo.* 2. *Sua origem imediata.* 3. *Seu papel nos tempos modernos.* 4. *Valor científico da jurisprudência.* 5. *Sua autoridade.* 6. *Conclusão.*

1. Para os romanos *juris prudentia* era a própria ciência do direito. *Juris prudentes* chamavam-se os homens capazes, que determinavam o direito aplicável aos casos concretos. Jurisprudência vinha a ser, portanto, a interpretação do direito, ou melhor, segundo a famosa definição de ULPIANO, “o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto”.

Ainda hoje, por vêzes, a palavra é empregada com êsse sentido e assim nos dicionários encontramos definições como estas: ciência da legislação e do direito (CÂNDIDO DE FIGUEIREDO); arte de interpretar as leis, de responder e aconselhar nas matérias de direito, conjunto de princípios de direito, que se seguem num país (MORAIS).

Na atualidade, porém, mais comumente, emprega-se o vocábulo para significar o conjunto das decisões dos tribunais, em oposição à doutrina, exposta nas obras científicas, nos livros de direito.

Importante é o seu papel na vida jurídica. Por assim dizer, é o direito realmente vivo, o direito em ação, o direito pôsto em prática, a parte animada, quase dramá-

tica da legislação, no dizer de DEMOLOMBE, a *viva vox juris civilis*, na frase de MARCIANO.

2. É no *jus honorarium* que deparamos sua origem imediata; a êle se deveram, com a seqüência dos editos do pretor urbano e do pretor peregrino, profundas alterações no *jus civile*. Dentre outras, mencionem-se a criação da propriedade bonitária, ao lado da propriedade quiritária, a *restitutio in integrum* e a vocação hereditária dos cognados.

Efetivamente, numa fase mais remota, a única forma de propriedade conhecida e dotada de garantia eficaz era a quiritária, que somente podia pertencer a cidadãos romanos (*quirités*), incidir sobre coisas romanas (*res mancipi*) e obter-se por um dos modos de aquisição romana (*mancipatio, in jure cessio*). Contudo, ao lado dessa propriedade, rígida e inflexível, que paulatinamente foi perdendo sua importância, surgiu e se firmou a propriedade bonitária, em que faltava algum dos mencionados requisitos, mas que, apesar disso, começou a ser amparada pelo pretor, de tal sorte que afinal, mais tarde, numa só, veio JUSTINIANO a fundir as duas formas.

Igualmente, quanto à *restitutio in integrum* observou-se a mesma transformação. Impossibilitado de anular o ato, que o *jus civile* tinha por válido, outorgava o pretor ao prejudicado uma espécie de reparação, tão completa quanto possível, por meio da *restitutio in integrum*, e, desde então, houve no direito romano duas espécies de nulidade, a civil, que se produzia automaticamente, de pleno direito, e a pretoriana cujo reconhecimento dependia da propositura de ação judicial declaratória da existência de nulidade.

Enfim, por influência ainda do *jus honorarium*, a vocação hereditária dos cognados, parentes apenas pelo sangue, acabou por suplantiar a vocação dos agnados, parentes apenas pelo direito civil.

Vê-se assim, através desses exemplos e de outros muitos que se poderiam acrescentar, que o *jus honora-*

*rium* se constituiu numa verdadeira transfusão de sangue novo no velho organismo do *jus civile* e, por isso, muitas vêzes, em homenagem à obra renovadora efetuada pelo pretor, se atribui a denominação de direito pretoriano ao conjunto das regras traçadas pela jurisprudência.

Aliás, a jurisprudência converteu-se na filosofia nacional dos romanos; consoante afirma IHERING, quem quiser conhecer como os romanos compreenderam o homem e a sociedade, não deve perguntá-lo a LUCRÉCIO, SÊNECA ou MARCO AURÉLIO, porém principalmente, a PAULO, GAIO e ULPIANO.

3. Nos tempos modernos continua a jurisprudência a desempenhar o mesmo papel renovador e a prestar o mesmo serviço de outrora, como elemento revelador do direito. Assim, estudando a evolução que se processou no direito francês, mostra JOSSERAND que a jurisprudência, consciente de sua missão, não hesitou em fazer vergar o pátrio poder, com a enorme soma de autoridade que anteriormente envolvia, aos superiores interesses do filho, subordinando o primeiro aos segundos.

Outro exemplo: a mais recente jurisprudência galesa vem temperando o extremo rigor do Código Napoleão, que havia proscrito a cláusula de inalienabilidade, passando a admitir-lhe a validade nos três casos seguintes: a) — quando conexa a um ato de alienação; b) — quando temporária; c) — quando justificada por legítimo interesse.

Também na Inglaterra, segundo observa MATOS PEIXOTO, se devem à *equity* não só a *specific performance*, correspondente à nossa execução em forma específica, como a proteção dispensada às marcas de fábrica, antes do advento das leis que determinaram os aspectos principais dessa proteção.

Nos Estados Unidos, coube ao judiciário resolutamente ajustar as peças do respectivo sistema político e, graças a uma reviravolta na sua jurisprudência, alterou-se profundamente o problema da distribuição das com-

petências, deslocando-se para a União muitas atribuições que dantes competiam aos estados federados. E essa decisiva atuação do poder judiciário ainda perdura. Pois não assistimos agora a uma de suas mais vivas manifestações, através da gradativa mas inflexível eliminação da segregação racial nas escolas americanas?

Igualmente não fugiu o Brasil a essa influência jurisprudencial. Vários exemplos poderiam ilustrar a assertiva: o reconhecimento dos filhos dos desquitados, admitido por juízes e tribunais, e que veio a ser a gênese do decreto-lei n. 4.737, de 24 de setembro de 1942, e da lei n. 883, de 21 de outubro de 1949; o reconhecimento de sociedade de fato entre cônjuges estrangeiros, consorciados em seu país de origem pelo regime da separação de bens, fonte imediata do artigo 17 do decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941; o reconhecimento que da culpa do operário emerge, *ipso facto*, a culpa do patrão, imprimindo-se, destarte, ao artigo 1.523 do Código Civil inteligência mais consentânea à nossa realidade.

4. Verifica-se, pois, que no Brasil, como aliás em tôda parte, a jurisprudência representa, talvez, a parte mais concreta do trabalho jurídico. Qual, todavia, o valor científico dêsse trabalho? Eis questão acêrca da qual radicalmente divergem os autores.

Para não aludirmos a PETRARCA, para quem a jurisprudência era uma desgraça, desejamos salientar apenas as idéias de PASCAL e de KIRCHMAN. Enquanto o primeiro ressaltava que três graus da latitude revogavam uma jurisprudência inteira, afirmava o segundo que três palavras da lei, corrigindo um texto, reduzem bibliotecas inteiras a montes de papéis inúteis. Chegou o último a realizar conferência subordinada a êste título: “do nenhum valor da jurisprudência como ciência”.

Pensamos, todavia, que se não legitima êsse desdém. Muitas vêzes, inquestionavelmente, ela revela-se contraditória, formalista, retrógrada e mesquinha, merecendo o apôdo de SHAKESPEARE, que a comparou à Bíblia, onde o

próprio diabo pode encontrar argumentos que lhe justifiquem os atos. Quantas vêzes o precedente, como disse MONTEIRO LOBATO, é a menos razoável de tôdas as razões!

De fato, não se pode ignorar o papel que a jurisprudência tem exercido na formação do direito positivo. Segundo a conhecida imagem de PELLEGRINO ROSSI, o homem caminha de acôrdo com a sua fantasia e a lei claudica; aquêlê reclama e esta é surda. É a jurisprudência que segue obrigatòriamente o homem, que o escuta sempre. O homem não exige arestos, mas, por sua livre vontade, obriga-a a pronunciar-se.

Atraída pela vida, formando-se no meio dos negócios, trabalhando com fatos e não com simples abstrações, a jurisprudência assume caráter eminentemente prático, vindo assim, na frase de CAPITANT, a completar, enriquecer, modificar e recobrir de uma nova vegetação o direito escrito nos textos legislativos.

Sem dúvida, certas vêzes, ela mostra-se acanhada, como dissemos. Por fôrça de seus arestos, quantos julgamentos não se anularam outrora entre nós só porque dos autos não constava que os trabalhos da audiência tinham sido abertos a toque de campainha! E na França não se questionou se a data aposta antes ou depois da assinatura invalidava ou não o documento?

Essas fraquezas da jurisprudência, porque não dizer essas misérias, não lhe neutralizam, porém, seus incontestáveis méritos. Bem orientada, à luz dos superiores princípios do direito, ela é arauto e fanal, precursora e inspiradora, que alumia juristas e legisladores, o fio de Ariadne, que afasta a incerteza, conduzindo-nos, com mão segura, à trilha certa da verdade. Bastará para tanto, como ensina MIGUEL REALE, que ela se inspire no senso de ponderação, no senso de equilíbrio e no senso de justiça.

5. Qual, por fim, a autoridade? No sistema anglo-saxão, ela é considerável. Uma decisão da Suprema Côrte impõe-se a esta mesma Côrte, como também aos demais tribunais. Num futuro litígio, relativo à mesma

hipótese, o precedente será decisivo. A parte que o tiver a seu favor e o puder invocar certamente ganhará a demanda.

No sistema latino, menos preponderante é o seu papel. Embora constituam os precedentes ótima fonte de consulta, não estão os juizes adstritos a segui-los. Por mais uniforme que seja a jurisprudência, por mais reiterados que sejam seus pronunciamentos, ela não representa norma imperativa, ela não se impõe coercitivamente. Podem destarte, juizes e tribunais, abandonando a vereda formada pelas decisões anteriores, conservando sempre sua independência de julgamento, preservando a liberdade de sua consciência, palmilhar outros caminhos, em busca da verdade.

O Código Civil Austríaco é expresso a respeito: as decisões tomadas em casos particulares e os julgamentos proferidos por um tribunal em determinadas espécies não têm jamais força de lei, não podendo estender-se a outros casos ou a outras pessoas (artigo 12).

Entre nós lei houve que pretendeu conferir força normativa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Estatui realmente o decreto n. 23.055, de 9 de agosto de 1933, artigo 1.º, que as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mas esse diploma não prevaleceu. Por mais insistente que seja a jurisprudência, não constitui norma imperativa, a cujo comando se não possa fugir. As decisões anteriores, ainda que emanadas da Suprema Instância, não são vinculatórias. Conservam os juizes, em face delas, a maior liberdade de apreciação. Só no caso do artigo 123, parágrafo 2.º, da Constituição Federal, poderão resultar das decisões judiciais normas e condições de trabalho.

6. Tal a orientação mais certa, mais justa e mais sábia. O único compromisso que têm os juizes é com a

lei e a própria consciência. Os precedentes, que se examinam sob o aspecto da qualidade e não da quantidade, ainda que proferidos em tempos calmos e não de paixões, apenas constituem fontes de consulta, aliás, preciosas. Mas poder normativo êles não têm, nem podem ter, em face da nossa organização jurídica e da nossa estrutura política.

## Significado do XI de Agosto\*.

*Colemar Natal e Silva*

Diretor da Faculdade de Direito de Goiânia.

Não nos parece que o espírito dominante, nesta reunião, seja, apenas de uma comemoração histórica, o que evidentemente, só por si já seria nobre e oportuno.

São Paulo vanguardeiro das grandes causas políticas e sociais que impulsionaram outrora e impulsionam hoje o Brasil, evoca agora, a data de fundação dos cursos jurídicos, tanto como um marco, quanto no simbolismo de seu aspecto atuante, decisivo, neste momento da vida do direito.

Bem hajam os idealizadores e executores da 2.<sup>a</sup> Conferência Nacional de Advogados, na pessoa do impecável “batonier” de São Paulo, Prof. NOÉ DE AZEVEDO, do ilustre dinâmico coordenador geral Prof. RUY DE AZEVEDO SODRÉ e de cada um de seus valorosos cooperadores.

Bem haja, ainda o Prof. Emérito LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, eminente Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, a gloriosa Faculdade de São Francisco, êsse motivo constante de orgulho para o Brasil, como autêntico santuário da consciência jurídica nacional, lâmpada votiva dos anseios de gerações e gerações dos mais eminentes juristas brasileiros.

É uma honra e um prazer acudir o chamado de São Paulo trazendo-lhe o nosso acôrdo e a nossa cooperação,

---

\*. Conferência proferida em nome da 2.<sup>a</sup> Conferência Nacional dos Advogados do Brasil no salão nobre da Faculdade de Direito de São Paulo, no dia 11 de Agosto de 1960.

a busca da concretização do ideal comum de maior êxito nos resultados do certame.

E a voz do Congresso que ora se alteia, pela nossa voz neste recinto tão sagrado que guarda as mais puras e as mais legítimas, as mais caras e as mais ricas tradições do saber, de cultura e de civismo, reveste um triplice aspeto:

É saudação, é advertência, é apoio.

Saudando, cabe-nos dizer: Glória a data magna de 11 de Agôsto de 1927 — fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

Para melhor compreendê-la, é mister volver às condições primitivas da época e do meio.

Mal saído de um colonialismo cheio de erros e lacunas, ensaiava o Brasil os seus primeiros passos de nação independente, sob o influxo daquela idéia inspirada no liberalismo clássico do *liberté* e *égalité, fraternité*.

Haviam se transformado em 1822 as capitánias que eram as únicas unidades administrativas existentes na colônia, criadas, é certo, sem nenhum critério político social econômico ou simplesmente administrativo, em províncias.

As idéias que dominavam o mundo de então, eram aquelas do liberalismo político, cujas reivindicações, consideradas avançadas em face dos preceitos conservadores do regime monárquico, serviram de motivação para as leis e constituíram mesmo, sôbre vários aspetos a inspiratriz da normatividade jurídica da época, influenciada ainda pela mudança do sistema de trabalho resultante da abolição da escravidão.

Fundados e instalados no Brasil os cursos jurídicos, passaram êles de 1822 a 1899, a ser pôsto avançado para novas reivindicações.

A República Federativa, nos moldes da norte americana, empolgou a mocidade das duas Faculdades de Direito existentes, como núcleos precursores São Paulo-Recife.

Veio sem tardança, a primeira república, ideal de uma elite traduzindo, sem dúvida, uma vocação democrática do povo, cuja grande maioria ignorava na sua estrutura, o mecanismo do regime.

Como a própria independência que custou a tantos outros povos rios de sangue e a nós custou tão pouco, a primeira república brasileira, foi tipicamente um movimento social e político, de cima para baixo.

Ideal em suas concepções e estrutura o regime tinha que falhar como falhou, porque, democracia governo de maioria não pode ser praticado sem que esta esteja apta a utilizar tôdas as suas prerrogativas.

A verdade, a dura verdade é que o povo brasileiro fruto de três raças “tristes” estava bem longe do grau de cultura média do povo americano que havia votado, por seus representantes a bela constituição política, que copiamos em 1891.

Tinha que vir como veio em 1930, a chamada segunda república, já sob o influxo de fatores econômicos sociais e políticos bem diferentes.

Mas o hiato na vida constitucional ia prolongando o período ditatorial que se seguiu a revolução de 30.

A reação para qual São Paulo contribuiu com uma das páginas mais belas e sugestivas da vida nacional foi a convocação da constituinte e a votação da constituição de 34, consubstanciando bem ou mal os anseios existentes.

Ao que parece, não era remédio, sim panacéia.

Pouco depois quebrando a Constituição brasileira aparece a carta de 37.

Isto já é história de nossos dias que todos nós vivemos, conhecemos.

Se a motivação é inspiratriz das leis, se nela reside o segredo de sua maior duração, aceitação, estabilidade ou reforma cumpre indagar desde logo: quais são hoje as condições de vida financeira política e principalmente social, não só do Brasil, como das outras nações do mundo?

Dissemos, sim, condições sociais, sem precisar lembrar coisa tão sabida, — ser o Direito ciência eminentemente social.

Um dos fatores mais sensíveis para qualquer conclusão acertada é, o da interdependência cada vez mais estreita dos fenômenos sociais políticos econômicos e até financeiros criados pelo extraordinário encurtamento das distâncias entre as nações.

Nem é preciso conhecer psicologia social, para poder afirmar, sem receio de êrro que o mundo de hoje não está muito longe de ser, sob tal aspecto, verdadeiramente, um mundo só.

Vão desaparecendo certas características diferenciais, outrora tão sentidas nas condições de vida de cada povo.

Os recursos são diferentes, mas as provações têm um sentido comum e há mesmo um traço geral: o temor.

Recentemente após a conferência internacional de advogados em Paris disse um brilhante causídico cisplatino: o quadro da realidade contemporânea é tão vivo e tão forte que não mais comporta a emolduração das abstrações do classicismo político ou jurídico.

Até o direito, não em seu conteúdo é claro, mas em suas manifestações, está sendo atingido em cheio nesta época empolgante em que a ciência e a técnica rasgam para a humanidade horizontes antes nunca perscrutados.

Nem Papinianos, nem PAULO, nem GAIO nem ULPIANO, na sabedoria e na profundidade de suas concepções jurídicas, poderiam jamais sonhar com a existência de um direito interplanetário, muito menos *inter gentes* planetário.

E é êsse o momento e são essas as características da era em que vivemos.

Nas faculdades de Direito nesses cursos em que estudam as ciências sociais, é onde melhor afloram e mais forte palpitam as novas tendências que parecem visar a própria socialização do Direito.

Sem repudiar o conselho pedagógico de KILPACK PATRICK — educar a mocidade para uma civilização em mudança, forçoso reconhecer e proclamar que no campo do direito precisamos também encarar de frente a realidade que nos cerca para garantir a evolução pacífica de suas normas preceituais.

Inoportuno não será citar a propósito a máxima prudente dos norte americanos quando afirmam que o melhor meio de evitar o perigo é conhecê-lo.

Não nos interessa apenas registrar a existência de concepções novas na vida do Direito.

São problemas principais para nós, a atualização, adaptação e aplicação dessas novas normas no campo da atividade jurídica.

Parece-nos que não podemos assistir impávidos ou neutros as divergências entre o mundo ocidental e o mundo oriental quando elas atinjam às convicções que repousam no próprio conceito substancial do Direito como instrumento de coesão social.

No campo do Direito Internacional Público o problema da coexistência pacífica de nações grandes e de nações não diremos pequenas, mas dependentes; o entendimento senão cordial, ao menos o *modus vivendi* entre as nações mais poderosas, quanto a destruição ou utilização pacífica da energia nuclear, a conformação dos países que tinham colônias com essa progressiva emancipação política das mesmas; ajuda efetiva das nações ricas aos povos sub desenvolvidos, são dentre outros problemas cruciais com que se debate a nossa civilização gerando reflexos na vida mesma do Direito.

É difícil e até revoltante pregar as virtudes e as belezas da ciência jurídica ou as vantagens miríficas das leis, para um povo que tem fome e sente nas próprias carnes as contingências dolorosas de desigualdade social, não nas garantias mínimas de subexistência, que as têm, mas no contraste chocante entre o gôzo imoderado de tôdas as regalias que dá a riqueza fácil ou pior ainda

ilícita, com as tremendas e crescentes dificuldades impostas pelo alarmante estado inflacionário, só benéfico àquelas castas.

E êsse povo assim sacrificado, não quer apenas, a proteção de uma legislação adequada e consoante às suas vicissitudes.

Reclama e com tôda razão boa prática da justiça que não temos, em face da crise que a nosso ver não pode ser chamada apenas do Supremo Tribunal Federal e sim, da maioria dos tribunais judiciários brasileiros e até de muitos juizados da instância inferior.

Indo mais longe diremos: a crise é do judiciário.

É certo que são complexas as causas dessa crise; para estudá-las, apontá-las e indicar soluções é que nos reunimos na 2.<sup>a</sup> *Conferência Nacional de Advogados*.

Para nós, modesto professor universitário do interior, é motivo de real alegria consignar, após a advertência, que caminhamos para solucioná-la.

E o primeiro passo é êste: já temos a consciência do fenômeno.

Isto foi revelado de maneira cabal e muito expressiva, pelos discursos do eminente Professor NOÉ DE AZEVEDO e do douto professor ABGAR SORIANO DE OLIVEIRA, de que são as sábias observações seguintes: A bem do prestígio da classe dos advogados, preciso antes de mais nada, emprendermos, para logo, uma batalha, que considero decisiva para o futuro dêste país, porque pertinente ao seu clima de moralidade interessando, dessarte, à segurança, à tranqüilidade, ao bem estar e à felicidade de todos nós.

É a batalha a prol do prestígio da Justiça.

Ela, porém, não se processará com a exaltação dos bons juizes, que mercê de Deus, ainda os temos.

Não basta proclamar-lhes a honestidade do viver, ou o seu espírito de independência, ou a lisura e justeza de suas decisões.

É preciso mais, muito mais. E para êsse muito mais que ora vos concito, no sentido de desfraldarmos a bandeira da racial independência, da absoluta autonomia do Poder Judiciário, para torná-lo, em verdade, a cúpula de nossa organização político-social.

Precisamos lutar pelo integral desvinculamento do aparelho judiciário, das injunções e interferências dos poderes políticos fazendo com que o artigo 36 da Constituição Federal que proclama a independência e harmonia do legislativo do executivo e do judiciário, não seja quanto a êste uma mistificação. “Certo os há quem interessa a atual permanência do atual estado de coisas, ou seja, os políticos profissionais e os grupos econômicos que os assessoram e os exploram para melhor e mais tranqüilamente explorarem o país, hão de gritar que isso será instituir a ditadura do judiciário.

Eu vos direi no entanto, que será mil vêzes preferível mil vêzes a ditadura de homens cuja missão os obriga no trato diuturno das normas jurídicas, do que as dos que professam a política partidária. Ademais não haverá nenhuma ditadura”.

Acentua o emérito Prof. NOÉ DE AZEVEDO, grande Presidente da Ordem dos Advogados de São Paulo, “A verdade é que o Direito em geral inspira muito menos confiança do que outrora e é muito menos respeitado talvez porque se tornou muito menos respeitável. As perturbações resultantes das últimas guerras e a larga duração dos seus efeitos, não só deram lugar a novas situações jurídico-sociais, mas determinaram a instabilidade destas.

“A isto acresceu a intervenção do Estado, cada vez maior, em vários domínios da vida social e individual. Daqui resultou a necessidade de legislar. Paralelamente, alargou-se o número e competência dos legisladores, nem sempre na justa medida que aquela necessidade exigia. Veio, então, a multiplicidade e a instabilidade das normas

legais, a sua incoerência do ponto de vista sistemático e a precipitação com que se elaboram.

“Quando falamos de crise da ciência do Direito (e freqüentemente nisso se fala) não devemos imaginar que ela seja própria da nossa época somente. Num sentido geral, o Direito e a sua ciência, como a ciência inteira e até a própria vida humana, laboram numa crise perpétua, impelidas por um esforço contínuo, por um trabalho incessante de adaptação, de transformação e de reintegração. Que cada ação corresponda a um problema, que cada esforço corresponda a uma tentativa de solução, raramente perfeita, de um problema proposto, eis o drama de nossa existência”.

“Certamente, pondera DARIO MAGALHÃES, a crise que vivemos, em pleno desenvolvimento da convulsão produzida pela guerra, da qual emergimos, entre aflições e angústias, desgraçadamente cada vez mais carregada de pessimismo, tem profundidade e repercussões realmente alarmantes. Abalaram-se os alicerces que pareciam mais resistentes; tôda a estrutura está sob permanente ameaça de desmoronamento. É uma sociedade que perdeu o seu centro de gravidade e se vê sacudida pelos ventos da insânia, sob o risco de submergir na desagregação e no caos. O mundo jurídico, destinado a ser o mundo do equilíbrio, da segurança e da estabilidade, passou a ser, por excelência, o mundo da insegurança e da instabilidade, sacudido por cataclismos, sob o império de forças tenazes e impetuosas de dissolução e aniquilamento”.

Há muito profeta a acenar com o remédio heróico: a revolução social, em que se submergem tôdas as instituições, no vórtice de uma ebulição total correndo a lava decantada de tôdas as escórias para os moldes em que se fundirá uma nova organização social.

Mas a observação que fazem os grandes arquitetos da ciência jurídica é a de que, na caldeira do terror que se seguiu à revolução Francesa, não se queimaram os vícios do antigo regime, o que emergiu da fusão os novos surtos

de tirania que se visava combater. A ordem só se restabeleceu graças à ação serena dos grandes juristas encarregados por NAPOLEÃO da elaboração dos novos Códigos que constituíram o padrão perene da sua glória.

Cabe terminar:

Ao tradicional de nobre cavalheirismo do Conselho da Ordem dos Advogados de São Paulo e da Comissão Executiva da Conferência, devem tôdas as delegações uma palavra de reconhecimento que ora se estende ao grande diretor da Faculdade de Direito Prof. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA, por intermédio de quem ao feliz ensejo a 2.<sup>a</sup> Conferência Nacional dirige sua saudação à douta congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a quem manifesta o testemunho do mais alto apreço, veneração, admiração de todos os juristas do Brasil.

Após haver cumprido com honra e prazer o encargo de discorrer sôbre o sentido histórico, político e social do 11 de Agôsto, depois de formular advertência prometida, só nos resta a palavra final de apoio: Unâmo-nos juristas do Brasil na luta pela predominância do Direito na execução fiel e progressiva dos projetos, iniciativas e resoluções consubstanciadas no trabalho fecundo e meritório de tôdas as três comissões por seus insignes presidentes membros e participantes.

De uma coisa podeis estar certos Juristas de São Paulo:

nós, outros congressistas de todos os estados do Brasil, voltamos com a fé revigorada nos ideais jurídicos que necessariamente devem constituir a meta maior das pátrias de nosso continente.

E armados daquela mesma crença indômita que resguardava de vicissitudes e perigos o peito dos primitivos bandeirantes paulistas quando cumpriam a sagrada missão de alargar as fronteiras de nosso Brasil, seremos bandeirantes de uma nova cruzada neste século:

A luta pelo Direito como instrumento da ordem, da paz social e da justiça.

# A filosofia como auto-consciência de um povo \*.

*Miguel Reale*

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

SUMÁRIO: *Filosofia e racionalidade — Filosofia e nacionalidade — Filosofia e comunidade plural — Perspectivas da Filosofia no Brasil.*

## Filosofia e racionalidade.

Após dois anos, volvo à vossa terra maravilhosa. Dois anos bastaram-me para verificar o progresso extraordinário que se vai operando, não apenas material, mas também espiritualmente, na sociedade cearense. Vossa Universidade cresce dia a dia, como exemplo magnífico para os homens de pensamento e de ação do Brasil. O que mais admiro nos círculos culturais do Ceará é a compreensão da impossibilidade de, nos dias atuais, ficar o preparo teórico divorciado dos problemas concretos da sociedade a que pertencemos. É a compreensão justa e rigorosa de que uma Universidade não representa apenas um organismo destinado a ministrar ensino, valendo também como instrumento de potenciação da cultura geral e do aperfeiçoamento econômico e social da região em que se integra.

---

\*. Oração proferida na instalação da secção cearense do Instituto Brasileiro de Filosofia, em outubro de 1960, conforme texto gravado, revisto e completado pelo Autor.

Uma Universidade, que permanecesse enclausurada na sua missão pedagógica estrita, estaria por certo realizando uma alta missão, mas seria incompleta, e, sobretudo, inatural. A Universidade, nos dias de hoje, não pode ficar insulada, divorciada do processo concreto da história, como uma ilha feliz no meio do obscurantismo ou da ignorância, mas deve, ao contrário, atuar como corpo e como alma, a receber influência e a transmitir influências, no metabolismo incessante que traduz o fenômeno fundamental da vida. É isso o que sinto em vossa Universidade, de sorte que não me causou estranheza receber a notícia da fundação da secção do *Instituto Brasileiro de Filosofia*. Para ser sincero, devo dizer-vos que já estranhava a ausência de nossa entidade nesta região, que é um dos baluartes da cultura nacional.

O Instituto Brasileiro de Filosofia surge em Fortaleza no momento propício e necessário, correspondendo a uma exigência fundamental de nosso viver histórico. É por tais motivos que, nesta noite de tamanha significação para os homens de cultura do Ceará, peço a vossa atenção para o significado da Filosofia como elemento decisivo na autoconsciência de um povo.

A Filosofia não se improvisa, nem há filósofos precoces. Pode haver músicos que, ainda na infância, deslumbrem e surpreendam por insólita capacidade de captação de ritmos e raro poder de revelar, através dos sons, motivos essenciais do cosmos.

Pode haver pintores precoces, que acordem na manhã da existência sabendo traduzir em linhas e côres todo o esplendor das imagens e das formas, desvelando uma face inédita do real.

Pode haver poetas-criança, surpreendendo-nos com intuições prodigiosas, como que dando razão ao esteta e poeta italiano GIOVANNI PASCOLI, quando diz que a Poesia é um dom da juventude, e, mais que isso, uma voz da infância, visto ser própria da criança e de quem tenha

a candura da criança, como poder de apreender uma verdade diferente da verdade intelectual, a verdade imediata da intuição concreta, em aderência viva com as coisas que nos circundam.

Mas, se há poetas e pintores e músicos precoces, e se há possibilidade de antecipações surpreendentes em múltiplos setôres da existência, tal fenômeno não ocorre no plano da Filosofia, como não se verifica no âmbito da Medicina, do Direito, da História, da Engenharia ou da Agricultura. É mister, então, que meditemos um pouco sôbre tal problema, indagando dos motivos profundos dêsse fenômeno, ligado às fontes primordiais do ser do homem.

É que na Poesia, na Música ou na Pintura, o que prevalece são as fôrças intuitivas e emocionais, enquanto que no plano das construções filosóficas, históricas, jurídicas, arquitetônicas, etc., constitui-se um segundo grau de atividade humana, que não é superior ao primeiro, mas é distinto dêle: é o da atividade racional, como superamento do imediatamente dado, pela integração dos casos particulares em formas abstratas, em sínteses que só aparentemente se desligam das coisas significadas, porque, na realidade, as compreendem em seus valores essenciais, na sua coerência íntima e necessitante.

Não há juristas precoces, porque o saber jurídico é o fruto maduro do trabalho metódico, do esforço renovado de todos os dias. O estudante, que se julgar jurisperito de repente, sômente por ter tomado contacto com o Código ou com os Tratados, padecerá de triste e comprometedora ilusão, pois, na realidade, o direito é feito de *certeza*, e a certeza jurídica é, acima de tudo, uma expressão da plenitude racional que nasce e se afirma na experiência, quando o saber livresco se imbebe de *prudência*, a virtude que se insere no âmago da vida prática, aprimorando-se à custa de triunfos e revezes, decepções e esperanças.

Da mesma forma, não se improvisam os arquitetos, visto como a composição das formas supera a imediatidade dos elementos singulares, implicando a unidade harmônica dos espaços e dos volumes, a síntese feliz, tôda feita de proporção e medida, entre o útil e o belo, tal como sòmente a razão é capaz de potenciar.

A Filosofia é igualmente, síntese e unidade. Não síntese amorfa e indiferençada, mas síntese orgânica, e de *processus*, unidade de ordem, em que se preserva a cada parte componente a sua posição específica e própria, e o todo não importa em absorção ou em predomínio avassalador, mas representa antes a co-implicação harmônica de peculiaridades intocáveis. A Filosofia é racionalidade, e é racionalidade até mesmo quando o filósofo põe em realce o papel fundamental das fôrças emocionais e intuitivas. Porque a Filosofia é também linguagem, pelo menos uma tentativa de expressão rigorosa, tradução em verbo ou em símbolos daquilo que a realidade oferece de essencial e duradouro.

Tôda vez que a humanidade entre em crise, insistem os filósofos em apontar para a única via que resiste ao emaranhado das doutrinas: a renovada busca do permanente, do essencial, daquilo que assinala uma constante no torvelinho das contingências e das mutações repentinas e bruscas.

É inegável que, nessa procura do essencial, que se oculta sob a capa do secundário e do contingente, imensa é a contribuição das faculdades intuitivas, graças às quais uma verdade pode brilhar no amanhecer das pesquisas, governando, como fulcro primordial, o processo ulterior das análises. Se, porém, aquela intuição inicial ao depois não se desenvolve, nem se insere em uma ordem racional coerente, tem o valor fugaz da luz dos pirilampos, nada representando no desenvolvimento das idéias. Não faltariam, por certo, exemplos de juristas ou filósofos que, em plena mocidade, perceberam algo capaz de dar novo

sentido à experiência, bastando lembrar que nos escritos juvenis de um LOCKE, de um HEGEL, de um MARX ou de um SAVIGNY já se encontram os germes de suas concepções mais fecundas. Não teriam, porém, maior significado na história das idéias, se as intuições originais não tivessem sido aferidas e fecundadas pelo poder sintético e ordenador da razão.

A razão equivale, pois, à plenitude e à maturidade, quando ela não se estiola na abstração formal, mas é, ao mesmo tempo, forma e conteúdo, estabilidade e movimento, ou seja, *razão concreta e histórica*.

Já é tempo de se contrapor aos excessos do intuicionismo lírico, que ameaça converter a Filosofia em uma ambígua atividade poético-literária, as exigências do intelecto e da razão. Refiro-me, porém, a uma racionalidade diversa da que tradicionalmente se confunde com meros esquemas formais; penso, ao contrário, na racionalidade concreta, a qual não se separa da experiência senão no que nesta houver de precário ou caduco. Não devemos, em verdade, esquecer, à luz da história das ciências, que os momentos de abstração mais fecunda coincidem com os instantes de mais profunda captação do real e da vida, dada a co-implicação dialética entre fatos, leis e valores<sup>1</sup>.

A partir da surpresa e da perplexidade iniciais, que põem os problemas; desde a intuição das perguntas até à maturidade das respostas, na floração unitária de antigas e novas perguntas, desdobra-se o caminho do filosofar, que, no entanto, a todo instante, se enriquece de novas intuições que exigem incessantes reformulações racionais, numa polaridade dinâmica entre o pensamento e a realidade pensável.

---

1. Não se pense, porém, que eu seja adepto de uma Filosofia reduzida ao comentário genérico das pesquisas sociológicas e históricas, como é do agrado de certos estudiosos que têm “horror à Metafísica”, preferindo teorias de “alcance prático”, numa acanhada compreensão do que seja “experiência”.

### Filosofia e nacionalidade.

Assim sendo, quando um povo começa a filosofar, a expressar *racionalmente* o seu sentir e o seu querer, sem se limitar ao comentário do que alhures se pensa, demonstra a si mesmo e ao mundo que está atingindo a fase da maturidade, no “processus” de auto-consciência. A auto-consciência nacional, como é óbvio, não pode resultar de importação, visto dever traduzir algo que vem aos poucos se elaborando no recesso da alma popular, até se revelar, com valores novos e imprevistos, na palavra de seus intérpretes.

É necessário se lembre que, se a Filosofia é universal, nem por isso deixa o filósofo de receber as influências do meio em que vive, o qual condiciona tanto o conteúdo ideológico quanto as formas expressionais. Daí poder-se falar em Filosofia alemã, em Filosofia italiana ou francesa, assim como dia virá em que nos será dado referir-nos à Filosofia brasileira.

Longe de mim a idéia de forjar uma Filosofia segundo as circunstâncias do momento, transformando o filosofar em instrumento de ação política, ou de ação social, bitolando o pensamento segundo estas ou aquelas aspirações, imediatas ou mediatas pouco importa, de nosso viver histórico; não é neste sentido que cogito de uma Filosofia brasileira. A Filosofia é, inegavelmente, uma só. Os filósofos cultivam a universalidade dos mesmos problemas, o que implica o sentido universal das respostas dadas, muito embora haja inevitáveis discordâncias e conflitos. Não confundamos *universalidade* com *unanimidade*: esta é contingência empírica, que poderia existir até mesmo sem aquela, tal como ocorre quando as pseudo verdades avassalam e obscurecem os espíritos.

Por mais que a Filosofia tenha sentido de universalidade, é inegável, todavia, como já assinalara FICHTE, que existe a *pessoa* do filósofo condicionando o ritmo de seu

pensamento, a tal ponto que já se chegou a afirmar, em tom de paradoxo, que, se ARISTÓTELES nascesse hoje, seria aristotélico, e Platão, vindo ao mundo agora, seria platônico.

Podemos, porém, estar certos de que não se reproduziriam as estruturas mentais do ARISTÓTELES que conhecemos, nem ressurgiria o PLATÃO dos diálogos memoráveis: a dimensão histórica hodierna seria componente inevitável no filosofar de ambos, tão certo como *somos* também o que *fomos* na sucessão das idades. Universalidade dos problemas, por conseguinte, e condicionalidade histórica dos problemas, eis duas coordenadas inamovíveis do pensamento filosófico. Varia, assim, através do processo histórico, o condicionamento dos problemas universais, bem como o estilo de vida ligado essencialmente à pessoa do filósofo e ao complexo de fatos e valores em que se situa.

Impossível seria a qualquer de nós libertarmo-nos de nossas circunstâncias mesológicas, sociais, biológicas, históricas, etc., e tal verdade também se estende à vida das Nações. Jamais somos apenas vivência, porque somos, perene e necessariamente, convivência, dependendo o nosso ser pessoal dos múltiplos círculos sociais de que somos partícipes. Dessarte, um problema filosófico, tratado por um pensador da Inglaterra, pode apresentar características e peculiaridades discerníveis ao primeiro contacto, em contraste com as respostas dadas, por exemplo, por um estudioso germânico: algo de peculiar e de próprio se percebe nas linhas com que o problema se põe, ou nas diretrizes segundo as quais a verdade se expressa. Universalidade, repito, da Filosofia, mas com um “quid” de próprio, de inexplicado ou inexplicável, muitas vezes, nas conjunturas espaço-temporais. É claro que problemas filosóficos há, como os da Lógica, independentes de condições espaço-temporais, mas estas podem influir até mesmo nas modalidades de aplicação dos valo-

res lógico-formais, assim como na hierarquia que lhes for conferida no quadro do saber humano.

Manda a verdade se reconheça que vivemos num mundo de problemas imerso em um mundo de mistérios. O “*ignoramus, ignorabimus*” com que DU BOIS REYMOND, em 1880, escandalizou os meios positivistas, enumerando os “sete eníguas do mundo”, tem alcance bem mais profundo do que uma simples confissão de insuficiência.

Indo ao âmago da questão, talvez se possa dizer que é o *mistério* que condiciona os *problemas*. Aquêlê não se reduz ao “problema de amanhã”, nem ao resto das perguntas que ainda seja impossível formular como problemas. Sim, porque nem tôda pergunta é problema, mas só aquela que pressupõe “dados”, pelo menos hipotéticos, e abre a possibilidade de uma resposta, muito embora esta só possa vir a ser obtida em futuro remoto. Se o mistério fôsse apenas o reflexo de uma deficiência atual na formulação ou na solução dos problemas, seria apenas a suspensão provisória do juízo ou o produto de uma carência histórica, como se a faixa do mistério diminuísse progressivamente com o alargar-se do domínio dos conhecimentos positivos.

Não bastará, outrossim, dizer que, à medida que avançamos na solução dos problemas, surgem novas perguntas, como se o mistério se confundisse com os renovados horizontes dos problemas, ou por outras palavras, com a infinitude do cognoscível.

Note-se que, quando me refiro ao “mundo dos problemas”, não penso apenas nos que surgem no *plano empírico* das ciências físico-matemáticas, mas também nos que se situam no *plano transcendental* da Teoria do conhecimento, pois, tanto nêste como naquele, é possível e inevitável a correlação entre sujeito e objeto, entre pensamento e realidade, nos amplos horizontes ontognoseológicos em que se desenvolve a atividade cognitiva. Quem põe um problema, enuncia uma hipótese, e esta sempre se funda em “dados” que representam pelo menos um

esquema provável do real, explicado ou compreendido como algo de “objetivo” ou de “objetivável”, segundo relações causais, nexos de funcionalidade e proporções, ou, em se tratando de ciências culturais, segundo “conexões de sentido”. Só assim se opera a conversão entre *verum* e *factum*, consoante a intuição de Vico.

O mistério, ao contrário, é o *absoluto*. É o *ab-solutus*, como tal, “supõe-se” fora da correlação ontognoseológica, permanecendo irreduzível às tenazes que co-implicam e polarizam o sujeito e o objeto do conhecimento. A êle só podemos nos referir como ao pressuposto lógico da problemática total. Se conhecer é sempre conhecer *de algo* alguma coisa, e se jamais o nosso conhecimento logrará abranger a plenitude do real, aberto a sempre novas perguntas, mister é concluir que o insuscetível de conhecimento, por falta de adequação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, é o condicionamento em que se pressupõe imersa a esfera de quanto conhecemos, e é a razão do caráter histórico-dialético do processo cognitivo.

Ora, a problemática do ser do homem ou do ser das Nações, como entidades bio-psíquicas, sociológicas, econômicas, étnicas, históricas etc., enriquece-se dia a dia, multiplicando as esferas das pesquisas positivas, que, ao depois, se entrelaçam e se esclarecem recíprocamente. Mas há algo na dramaturgia dos homens, das raças, dos povos, das Nações, que debalde psicólogos e geógrafos, fisiologistas e etnólogos tentarão explicar: é aquilo que assegura a cada homem e a cada povo a sua *singularidade*, a sua inconfundível e intocável *personalidade*.

Porque sou o que sou? O “porque” estas e não aquelas inclinações e tendências marcam o meu ser pessoal, e estruturam e singularizam o meu *eu*, é um *dado* para a “problemática” de minha experiência, mas que invoca e pressupõe o “mistério” insondável de meu ser distinto e diverso, irreversível e inefável no cosmos. Consolar-se-ão os positivistas supondo que, se conhecêsse-

mos tôdas as causas, atingiríamos a solução do problema. Mas a “totalidade das causas”, o absoluto do conhecimento, a “causa causarum”, que nos escapa, dada a natural e invencível finitude dos horizontes ontognoseológicos, só é conjeturável como pressuposto lógico do conhecimento possível.

O certo é que, assim como os homens, também os povos se distinguem uns dos outros, por mais que os processos tecnológicos acelerem o ritmo da “massificação” e da uniformidade, — razão pela qual a Filosofia não pode deixar de refletir o “gênio dos povos”, expressão de que abusaram os românticos, mas que oculta uma irrenunciável verdade. As características da “personalidade nacional” são identificáveis, pelos mesmos motivos, na música nas Artes plásticas, na Literatura, na Arquitetura, em todos os campos em que surge a problemática do valor e da opção.

Pois bem, se já se começa a reconhecer um complexo de notas específicas da gente brasileira em tôdas essas esferas espirituais, é natural que se vá plasmando, com a força do autêntico e do espontâneo, também a atitude, ou se quiserem, o “estilo brasileiro” de filosofar.

### Filosofia e comunidade plural.

Analisando o desenrolar do pensamento filosófico a partir da era renascentista, verifica-se que não houve, como às vêzes se alega, uma dispersão do pensamento, em contraste com a unidade do pensar medievo, mas sim o multiplicar-se das teorias e dos sistemas, tendo-se renovado, a uma nova luz, o pluralismo que fôra a alma da cultura grega, desenvolvida sob o signo da liberdade de pesquisa e de expressão.

Uma das notas específicas dos tempos modernos consistiu, por força mesma das novas conjunturas históricas, na já apontada “dimensão nacional” que se introduziu no processo das idéias, tal como transparece ao nos referir-

mos ao “racionalismo francês”, ao “empirismo britânico”, ao “idealismo alemão”, ao “realismo italiano”, ou ao “pragmatismo norte-americano”, reconhecendo serem essas as tendências dominantes em cada um dos referidos países.

Outra característica: apesar da pluralidade dos sistemas, determinadas concepções chegavam a dominar o campo do filosofar, assinalando a tendência espiritual de tôda uma fase histórica, e isto nem sempre como consequência do primado político ou econômico das Nações em que floresceram.

Pode-se mesmo admitir ter havido uma *sucessão de doutrinas dominantes*, malgrado a permanência de correntes de idéias tradicionais através dos tempos, ora consideradas reminiscências inúteis, ora expressões superadas do passado. Tal modo de ver correspondia, aliás, à crença otimista no *progresso*, concebido em função de uma série crescente de fatos e de valores, como se coincidissem sempre a excelência do bem e da verdade com o último elo do desenvolvimento atingido.

O século XIX, sobretudo, concebeu a história das idéias sob êsse prisma de contínuos superamentos, mas dominado pela expectativa paradoxal de um termo final no processo, ao se atingir uma solução única, compreensiva e apaziguadora, quer um HEGEL nos apontasse para a dramaturgia autoreveladora da Idéia; quer um A. COMTE nos pregasse o advento da era positiva, como fruto das conquistas científicas; quer um KARL MARX profetizasse uma nova consciência ideológica universal, determinada pela socialização dos instrumentos de produção, numa sociedade sem privilégios e sem classes.

Foi o “positivismo”, no sentido amplo desta palavra, abrangendo tôdas as tendências baseadas nos mesmos pressupostos, como as de COMTE, RENAN, SPENCER, HAECKEL, STUART MILL, ARDIGÒ, WUNDT, *etc.*, — foi o positivismo que, durante algumas décadas pareceu realizar, na faixa da cultura do Ocidente, o ideal de uma comunhão de pensamento, como se houvessem sido superadas definiti-

vamente as “elucubrações metafísicas” de DESCARTES, ESPINOSA, LEIBNIZ, KANT ou HEGEL. Sob certo ponto de vista, era como se a burguesia triunfante, ancorada na rala metafísica positiva, estivesse em condições de restituir à humanidade uma nova unidade ideológica, já agora fundada nas ciências, e não em meros preconceitos teológicos ou metafísicos...

Hoje, ao contrário, percebemos o equívoco e a insuficiência de tais concepções monocórdicas, assim como o perigo que há em se atribuir valor exclusivo a uma dada corrente de pensamento, com exclusão das demais.

Prevalece, no entanto, no chamado “mundo comunista” um campo ideológico cerrado, onde não se admitem senão divergências de exegese no tocante à concepção marxista do homem e do cosmos, sujeitas, ainda assim, as variantes interpretativas à censura da “Inteligentzia” oficial, sendo notórios os processos violentos de restabelecimento da linha justa, ao sabor dos mentores do partido soviético. É a razão pela qual, no campo filosófico-jurídico, por exemplo, não se elabora uma obra objetiva e complementar de pesquisas, mas se sucedem, no domínio do Instituto de Direito da Academia das Ciências da U. R. S. S., as orientações de STUCHKA, PASHUKANIS, VYSHINSKY e TRAININ, numa relação de *amigo-inimigo*, o líder jurídico-político de hoje e apontar o de ontem como corruptor ou traidor do “autêntico” marxismo-leninismo<sup>2</sup>. Vista a essa luz, é inegável que o marxismo, apesar de tôdas as suas “adaptações”, continua sendo, substancialmente, uma ideologia do século XIX, não tendo merecido as simpatias dos partidos comunistas os pensadores que têm procurado, especialmente na França e na Itália,

---

2. Quem quiser verificar a violência dos epítetos com que se mimoseiam, sucessivamente, os mentores jurídicos do Instituto de Moscou, encontrará farta messe de exemplos na coletânea *Soviet Legal Philosophy*, editada pela Harvard University Press, em 1951, assim como na obra fundamental de ANDREI Y. VISHINSKY, *The Law of the Soviet State*, trad. de H. W. BABB, Nova York, 1948, p. 15, 36, 53, 54, 56, etc.

ajustar o marxismo às exigências do historicismo contemporâneo, aberto à problemática do valor e da liberdade.

Não há dúvida que, vez por outra, também no Ocidente surgem tentativas de uniformização do pensamento, como ainda agora acontece com certos grupos agressivos do neo-positivismo, mas, em geral, tais pretensões desfazem-se por si mesmas, e as idéias da pluralidade e da coexistência das teorias, num diálogo livre e fecundo, ressurgem como algo do essencial ao nosso ciclo de cultura.

Acresce que a civilização se desdobrou por todos os quadrantes do planeta, determinando a formação de imprevistos focos irradiantes de pensamento, como acontece com as Nações Latinas da América, e é o caso particular de nossa pátria, cuja luta contra o “sub-desenvolvimento” se processa “pari passu” com a luta por sua emancipação mental.

Seria ingênuo olvidar o que as condições materiais representam no tocante à elaboração e à vivência das idéias, mas isto não nos deve levar a simplificar demasiado o problema, como faz JOÃO CRUZ COSTA, para quem “economia é consciência”, de maneira que “graças ao desenvolvimento material de nosso país”, é que seria explicável “o crescente interêsse pelos estudos filosóficos” e, com êle, “um mais seguro, embora lento progresso de consciência”<sup>3</sup>.

O fenômeno é bem mais complexo, sendo irreduzível à monovalência econômica, que nem sequer corresponde ao pensamento de MARX e ENGELS, como já se sabe há muito tempo. Os processos culturais desenvolvem-se em uma interação dialética de múltiplas influências, correspondendo a tomada de posição filosófica ao natural desejo de unidade e de síntese insito nas virtualidades criadoras de um indivíduo ou de um povo.

Não vivemos, pois, numa época de Filosofias dominantes, nem é possível que uma Nação, como o Brasil,

---

3. V. JOÃO CRUZ COSTA, *Panorama da história da Filosofia no Brasil*, São Paulo, 1960, p. 83 e segs.

com o seu lastro de experiência social e histórica, se conforme com os reflexos de uma estrêla qualquer, como se fôra planeta destituído de luz própria, falho da capacidade autônoma de pensar, que o pensamento, como a luz, dá individualidade, côr e beleza a quanto existe.

### **Perspectivas da Filosofia no Brasil.**

Integrados que estamos nas coordenadas da civilização do Ocidente, como filhos da prodigiosa cultura européia, dela só podemos nos emancipar como se emancipam os filhos dignos, dignificando e potenciando a herança paterna, cientes e conscientes da nobreza de nossa estirpe espiritual. Não ignoro as contribuições das culturas ameríndia e africana na modelagem da que justamente se considera a maior “democracia racial” do planeta, mas tais influências, mau grado a pretensão de certos “africanistas”, não são de molde a afastar-nos das linhas mestras do pensamento oriundo das fontes greco-latinas. Na “biografia filosófico-brasileira” ou na “sociologia de nosso filosofar”, identificam-se atitudes e “modismos” que refletem a presença de elementos estranhos à formação cultural do “velho-continente”, onde excelem os valores amadurecidos no tempo, e os atos mais renovadores e revolucionários, aparentemente brotados de repentinos impulsos, aprofundam as suas raízes na história, o que não deve suscitar surpresa, pois quanto mais uma cultura se teoriza (e a teoria é a autoconsciência dos ciclos culturais) mais adquire dimensão histórica.

Não se trata, pois, como pensam alguns “nacionalistas” afoitos, de criar, nesta banda do Atlântico, uma concepção filosófica autóctone, numa forma curiosa de insulamento espiritual, no qual seria facilmente discernível um complexo de inferioridade, provocando a fuga ao debate no cenário universal das idéias.

Se, como penso ter demonstrado, vivemos num mundo plural, ficaríamos divorciado do valor por excelência da

cultura do Ocidente, se almejássemos fundir uma única matriz de pensamento para impingi-la às novas gerações. Há talvez um grupo seduzido por essa missão de “redenção nacional”, mas quem não vê nessa atitude um resquício de velha e surrada tendência iluminista, própria dos que, aparentemente a serviço do povo, na realidade se arvoram em guias e mentores da nacionalidade, para a qual traduzem mensagens alhures concebidas?

Quando surgiu, em 1949, o *Instituto Brasileiro de Filosofia*, não faltou quem estranhasse a diversidade e o contraste dos estudiosos que o constituíam, pleiteando antes a formação de ‘uma “escola”, em cujo seio se congregassem os adeptos de uma única doutrina.

Preferimos, no entanto, que o *Instituto* fôsse, como continuará a ser, uma entidade destinada a *propiciar o diálogo* entre os pensadores brasileiros, abstração feita de teorias e sistemas.

Se fôssemos uma “escola”, desde logo marcar-nos-ia a inclinação para a catequese e a intolerância, comprometida no berço a possibilidade de uma compreensão melhor na comunidade brasileira.

Nessa pluralidade está a nossa fôrça, assim como reside a nossa fraqueza. Os que se julgam senhores absolutos da verdade tornam-se soldados de uma “Filosofia missioneira”, agindo com o ímpeto e a paixão dos militantes. Os que, ao contrário, amam a verdade alimentada pelo livre sôpro das idéias, mister é que fortaleçam a sua posição pela seriedade das pesquisas, pela meditação serena que é o âmago, a “intimidade” da Filosofia.

Não foi sem motivo que o maior dos filósofos preferiu o diálogo para revelar o seu pensamento, pelo cotejo fecundante das idéias, fazendo surgir as verdades universais da efervescência dos pontos de vista, não como um conceito imposto “a priori”, mas como algo de plasmável em contacto com a disparidade e até mesmo com a oposição dos conceitos.

É claro que do diálogo filosófico não se exclui a veemência, nem a paixão pela verdade, mas os caminhos

da Filosofia são os das convicções livremente elaboradas e transmitidas, não se justificando a polêmica convertida em razão do filosofar. A época da Filosofia “em mangas de camisa”, a distribuir reprimendas ou a dar notas de mérito e demérito aos adversários; a época em que um SÍLVIO ROMERO lançava, com azedume, a sua “doutrina contra doutrina”, deve ser considerada, hoje em dia, superada, graças a uma compreensão mais subtil e recatada da tarefa dos que se dedicam aos estudos filosóficos, que podem dissentir, mas não agridem, nem se consideram senhores da “última verdade”.

Nesta altura, seja-me lícito recordar aos cearenses que ninguém mais do que FARIAS BRITO contribuiu para instaurar em nossa pátria essa nova versão do filosofar, estudando pacientemente as doutrinas, e procurando situar-se no mundo das idéias, o que fêz antes com desmedida timidez do que com os arremecos e os espalhafatos então em voga.

Não é necessário concordar com FARIAS BRITO, aceitando a substância de suas idéias; o que importa é reconhecer que êle representou algo de novo no pensamento brasileiro, como “atitude do filosofar”. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o *Instituto Brasileiro de Filosofia* surgiu sob o signo de FARIAS BRITO, cuja obra, como a dos demais pensadores brasileiros, temos procurado analisar objetivamente, “sine ira ac studio”.

Infelizmente, no plano do pensamento, o Brasil se ignora de maneira impressionante. Muitas vêzes temos conhecimento do que ocorre lá fora, na Alemanha, na Rússia, ou na China, mas não sabemos da existência de um pensamento palpitante no Estado vizinho. Vivemos insulados, divididos. Uma das exigências fundamentais do *Instituto Brasileiro de Filosofia* foi e é exatamente esta: pôr em contacto os homens que pensam no Brasil; fazê-los ter mais consciência das contribuições do pensamento pátrio.

Quero aqui apontar para outro ponto fundamental, já objeto da cogitação de SÍLVIO ROMERO, há mais de um

século, mas que conserva inegável atualidade. Ao escrever, ainda jovem, a sua *Filosofia no Brasil*, observara SÍLVIO ROMERO que só temos vivido graças à recepção de influências alienígenas, não existindo uma obra filosófica que traduza um diálogo entre pensadores atuais ou anteriores de nossa própria terra.

A história das idéias no Brasil escreve-se por linhas oblíquas. Se no Brasil o espiritualismo surge, é porque Fulano entrou em contacto com a obra de COUSIN. Se, depois, o positivismo domina o cenário nacional, tal não acontece como reação contra o espiritualismo aqui existente, mas porque Beltrano se encontrou com a obra de AUGUSTO COMTE. Neste ponto, é, aliás, sintomática a confissão de um de nossos positivistas ortodoxos, revelando seu entusiasmo ao deparar-se casualmente com um livro do filósofo francês. Se alguém o houvesse iniciado na leitura da *Critica da razão pura*, é bem possível que tivesse sido um adepto do criticismo transcendental. É que, até bem pouco tempo, inexistia formação filosófica específica e metódica, sem uma clara tomada de posição no processo histórico das idéias.

Poderá alguém, no entanto, perguntar: mas, se a Filosofia brasileira tem sido um rosário de influências; se o pensamento nacional reflete a sucessão dos motivos do pensamento alienígena, como é possível pensar em algo de próprio”?

Ora, parece-me possível fazer a história do pensamento brasileiro, verificando não só os focos irradiadores das influências recebidas, mas também os modos pelos quais esta ou aquela influência se exerceu. Idéias que na Europa foram idéias-fôrça em certo sentido, no Brasil atuaram muitas vêzes em sentido imprevisto, e até mesmo desconcertante. Se examinarmos, por exemplo, a ideologia positivista, ela na Europa teve um significado, e no Brasil outro, o que é facilmente explicável, pois os sistemas doutrinários que suscitaram as reformas propugnadas por AUGUSTO COMTE, nos planos gnoseológico ou ético,

não coincidem, senão palidamente, com as convicções então dominantes no Brasil.

Na história das influências, em suma, devemos buscar aquilo que condicionou determinada receptividade, o modo pelo qual fomos influenciados: na maneira de sermos influenciados poderá residir algo de próprio e singular. Razão assiste, assim, a J. CRUZ COSTA quando observa que, na recepção dos problemas, “há uma reinterpretação destes, da qual resulta o modelo passar por uma deformação na qual já aponta uma certa originalidade que se verificaria no sentido que assumem, para nós, os valores e suas aplicações”<sup>4</sup>.

Não devemos, por conseguinte, ficar perplexos e desalentados, a repetir enfadonhamente que o povo brasileiro não tem bossa para Filosofia. Já podemos ter mais confiança em nós mesmos, como reflexo da maturidade do próprio meio em que nosso pensamento se desenvolve e do qual o pensamento é componente essencial.

Já lembramos a funcionalidade existente entre as formas de Filosofia e as “formas de vida”, inclusive as de ordem material, muito embora nem sempre cresçam em uníssono a riqueza do ouro e a das idéias. Às vêzes, surge um gênio solitário numa sociedade hostil e retrógrada, como é o caso, por exemplo, de Vico, em contraste com o mundo napolitano medíocre e obscurantista de seu tempo, pois o homem de gênio logra emancipar-se da adversidade do meio, encontrando estímulo, no desafio envolvente, para a afirmação de sua personalidade. Temerário seria, no entanto, afirmar que uma Filosofia, como auto-consciência popular, possa florescer num meio social destituído das condições objetivas essenciais ao revelar-se das vocações.

Pois bem, estamos agora, no Brasil, em busca da afirmação integral do nosso ser histórico; já revelamos nossa arquitetura; já afirmamos o nosso romance; já vivemos altos momentos poéticos; já possuímos uma

---

4. v. CRUZ COSTA, *op. cit.*, p. 15.

nobre tradição jurídica, e é mister que se reúna tudo isto e que tudo isto se expresse através de um pensamento embebido de nossas experiências.

Não é dito, porém, repito, que o progresso das idéias resultará, automaticamente, do progresso econômico, consagrando-se a tese segundo a qual da “consciência econômica” resultará a “consciência dos valores culturais”.

Poderemos, no meio das maiores benesses materiais, formar uma consciência tecnológica, sem nos elevarmos, todavia, ao plano das idéias universais, únicas capazes de dar sentido e concretitude aos bens materiais de vida, válidos enquanto instrumentos de aperfeiçoamento do que há em nós de especificamente humano, dos “valores espirituais” que nos asseguram dimensão própria.

Já é lícito considerar superada, no seio do próprio marxismo, a tese falsamente atribuída a MARX e a ENGELS sobre a redutibilidade de tudo a fatores econômicos, quando o certo é que, segundo os mais esclarecidos adeptos dessa doutrina, o processo histórico vai conferindo valor autônomo às “superestruturas originárias”, que passam a reagir e a condicionar a “infra-estrutura econômica” mesma, como ainda recentemente foi lembrado por GLAUCIO VEIGA, em trabalho apresentado ao III Congresso Nacional de Filosofia, realizado em São Paulo, em Novembro de 1959, sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Filosofia <sup>5</sup>.

Uma coisa é, em verdade, reconhecer a “condicionalidade histórico-social” do conhecimento e, por conseguinte, das concepções filosóficas, assim como o dado irrenunciável de nosso “ser histórico”; outra coisa é perder de vista os valores universais que condicionam o processo histórico enquanto tal, muito embora através dêle se revelem.

---

5. v. GLAUCIO VEIGA, *A posição de Weber frente à filosofia marxista*, in *Anais do III Congresso Nacional de Filosofia*, São Paulo, 1961, p. 203 e segs.

Grave é o risco de, por excessivo amor ao social, concebido como um conjunto empírico de circunstâncias envolventes, olvidar-se o plano da Filosofia, que é transcendental em relação à experiência, para substituí-lo pelo da Sociologia ou da História. Há exemplos magníficos de sociólogos que, além de sua tarefa própria, sabem se projetar, de forma autêntica e distinta, no mundo da Filosofia, mas não faltam, infelizmente, os que convertem a Sociologia em um sucedâneo dos estudos filosóficos, contentando-se com generalidades que apenas condicionam o pensar do filósofo ou lhe estimulam a especulação.

O de que andamos, pois, precisados é de mais nítida compreensão da tarefa específica da pesquisa filosófica, assim como de espírito crítico, o qual anda sempre unido ao exame objetivo de nossas possibilidades, a começar pelo reconhecimento da necessidade de rigorosa formação metódica, capaz de integrar-nos no processo universal das idéias, afim de não ficarmos suspensos no vazio de uma falsa auto-suficiência.

Ontem o que imperava era o desânimo em relação a nós mesmos, o desencanto e a cópia servil. Já agora me pergunto se não estamos correndo o risco de dar início a um novo “me-ufanismo”, que, ao invés de fazer o panegírico da terra, enalteça em demasia as virtudes do homem brasileiro...

Nesse sentido, nada me preocupa tanto como a reiterada apologia de nossas forças *intuitivas*, de nossa deslumbrante capacidade de adaptação, para “dar um jeito” na solução dos mais árduos problemas. Tal atitude espiritual pode levar-nos ao esquecimento de que não há ciência sem pena, sem esforço, sem disciplina, sem dedicação perseverante e humilde.

Anda muita gente por aí à espera do “estalo de Vieira”, de uma iluminação cultural súbita, que venha por encanto decidir das vocações... Não há nada mais perigoso, para um povo, que vai adquirindo consciência dos valores próprios, do que essa expectativa de uma

solução recebida de presente, de uma via a entreabrir-se como dádiva do céu.

Outra forma de “Filosofia gratuita” é a que se espera receber, por inteiro, de um pensador qualquer, nacional ou alienígena, desde que já contenha uma receita cômoda para cada uma de nossas inquietações e perplexidades. Com tal atitude, olvida-se que a Filosofia é, acima de tudo, “atividade espiritual”, empenho e dedicação, só válida à medida que o espírito vai se revelando a si mesmo, na concretidade viva de suas peculiaridades e circunstâncias.

Se devemos, porém, repelir tôdas as formas de gratuitidade filosófica, reclamando o imprescindível e duro preparo metodológico, e, acima de tudo, o convívio crítico com os grandes mestres do pensamento como “*conditio sine qua non*” do filosofar, não devemos, por outro lado, descambar para o *academismo*, que é um mal que corroe certos centros universitários, absorvidos nos comentários dos textos, mas sem ânimo ou disposição para a experiência própria, a vivência pessoal e intransferível dos problemas.

Quando o instrumental metódico se converte em valor-fim, em aparato ou adorno e é exibido orgulhosamente como um troféu, permanecendo irreveladas ou imaturas as obras de pensamento a que se destinava, é inegável que estamos diante de um desvio grave na formação cultural, sem capacidade de afirmar valores intrínsecos e de projetar-se originalmente no futuro. Amemos, pois, os textos, dos clássicos, dos medievais e dos modernos, mas que o pensamento neles captado com todo o rigor crítico flua em nossa experiência e sirva de fermento ou de estímulo ao processo especulativo correspondente ao nosso ser pessoal.

Nem se pense que, com o esforço de abstração, inerente ao conhecimento filosófico, iremos perdendo contato com o real, suspensos no mundo da pura fantasia, pois o que distingue e singulariza a “abstração filosófica” é que quanto mais superamos o contingente e o acessório,

mais captamos a realidade em sua essência e concretidade, aprendendo o significado efetivo das partes no todo e o do todo em relação às partes.

Uma das grandes virtudes de meditação filosófica consiste nisto que ela nos previne contra as visões unilaterais e fragmentárias da vida, contra os “estrabismos” intelectuais que, projetados depois no domínio da Religião, da Política ou do Direito, geram as intolerâncias e os fanatismos inconseqüentes.

Tão sòmente essa visão unitária e orgânica poder-nos-á possibilitar o aprimoramento de uma comunidade nacional, tão ciosa de seus valores próprios quão aberta aos fecundos influxos do pensamento universal, sem cairmos sob o jugo de uma Filosofia dominante, no estilo moscovita, monólito ideológico que apenas tolera comentários reverentes e ortodoxos. Mais do que nunca a causa da Filosofia se confunde com a da Liberdade.

Já vai, porém, longa em demasia esta conferência, tais e tantas são as perguntas que o tema sugere. Na realidade, não me foi possível senão ventilar algumas questões iniciais, visando sobretudo sugerir uma prévia e necessária “mudança de atitude em face dos problemas”. É com esta renovada consciência de nossa situação histórica, que poderemos tornar-nos uma fôrça de-veras atuante no supremo diálogo das idéias.

# A problemática dos valores no mundo contemporâneo\*.

*Miguel Reale*

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

1. Sejam as minhas primeiras palavras de agradecimento pela gentileza de vossa acolhida. Ao chegar a Aracajú, após 27 anos de ausência, tinha ainda na memória a imagem risonha de uma pequenina capital, que mal anunciava as transformações por que já passou, e pelas quais se pode prever mais uma pujante metrópole do Nordeste. Mas se a cidade se transmudou, a cordialidade continua sendo a mesma, inalterável o espírito, imutável a dedicação às coisas de ordem ética e cultural. Sòmente um povo com tal capacidade poderia expressar-se, como se expressa, através de representantes tão altos no cenário espiritual do país. Não há brasileiro dedicado aos problemas da inteligência que não tenha por Sergipe uma simpatia tôda especial, que brota e se legitima pelo número extraordinário de sergipanos que potenciaram a cultura nacional.

Bastaria lembrar apenas três nomes: TOBIAS BARRETO, SÍLVIO ROMERO e JOÃO RIBEIRO, três expressões que caracterizam aspectos diversos da intelectualidade sergipana e brasileira. Fazer um cotejo entre essas três mentalidades, eis tarefa deveras empolgante. Constante admirador

---

\*. Conferência proferida a convite da Faculdade de Direito de Aracajú, reconstituída e completada pelo autor, à vista de notas taquigráficas.

da obra de TOBIAS, de SÍLVIO ROMERO e de JOÃO RIBEIRO, já fui tentado, certa vez, a escrever algo sôbre êste tema; estranho mesmo que os sergipanos ainda não o tenham realizado, pois assinalam êles três orientações intelectuais diferentes que não se repelem, ou se contradizem, mas, ao contrário, se exigem e se completam.

O arroubo criador de TOBIAS corresponde ao de SÍLVIO, porém em âmbitos distintos. TOBIAS BARRETO era algo nietzscheano em sua pretensão de transmutar todos os valores nacionais, de operar uma reforma “ab imis fundamentis” nos costumes brasileiros, infundindo-lhes a seiva das idéias universais. Queria êle que a cultura tôda do ocidente se projetasse sôbre o Brasil, de um instante para outro, arrancando-nos do marasmo em que vivíamos. SÍLVIO ROMERO participava de igual paixão reformista, mas olhava os problemas, digamos assim, do Brasil para fora, preocupado em vislumbrar nas linhas mestras de nossa cultura algo de original e próprio. JOÃO RIBEIRO veio acentuar ainda mais essa segunda tendência, de maneira mais tranqüila e objetiva, pela interpretação serena dos fatos históricos e sociais. Abria-se, dêsse modo, um terceiro momento na evolução histórica das idéias: o da compreensão sociológica e histórica da vida brasileira.

Quem passa, pois, de TOBIAS a SÍLVIO, e dêste a JOÃO RIBEIRO, vai aos poucos tomando intimidade cada vez maior com as reservas naturais e expontâneas de nossa terra e de nossa gente.

Mas como Sergipe é pródigo em homens ilustres, surgiria depois um JACKSON DE FIGUEIREDO para acentuar o toque necessário da tradição e das idéias universais.

De maneira que não é por acaso que estou fazendo esta visita ao vosso Estado. É quase que um dever dos homens de cultura do Brasil conhecer a gente sergipana, em homenagem a alguns dos mais penetrantes intérpretes de nossa consciência cívica e nacional. Tal emoção natural é aumentada, esta noite, pelas palavras tão amigas, sinseras e cordiais do ilustre diretor desta Casa, que fêz bem em estabelecer um contacto entre a Faculdade de

Direito de São Paulo e a vossa. Efetivamente, muitos são os motivos de ligação e de compreensão entre as duas Casas de ensino.

Somos apenas o irmão mais velho na família dos juristas e no culto do Direito, olhando com simpatia e com entusiasmo o desdobrar-se de Faculdades de Direito pelas capitais do País, quando alicerçadas em sólido preparo científico. Ora, quando lemos uma revista como a que esta Faculdade de Direito publica, sentimos aumentar nossa confiança na capacidade realizadora dos juristas pátrios<sup>1</sup>. Tal convicção, que nasce dos escritos dos mestres, fortalece-se através do que também estão realizando os alunos. Bastaria a palavra do representante de vosso corpo discente, revelador de verdadeira vocação filosófica, para demonstrar que no Estado de Sergipe se mantém viva a tradição dos estudos, que se comunica de geração a geração como chama viva.

Foi por tais motivos, por conhecer o alto sentido espiritual da gente sergipana, que escolhi para esta noite o tema central do pensamento contemporâneo, a problemática dos valores.

De certa forma, as duas conferências que tenciono proferir em Sergipe estão ligadas por um nexó lógico substancial. Se na noite de hoje proponho-me apreciar o problema dos valores no pensamento atual, é minha intenção examinar amanhã alguns aspectos de minha concepção tridimensional do Direito, que é uma aplicação da axiologia no mundo jurídico.

2. As Filosofias, ou, por melhor dizer, as correntes filosóficas não surgem por acaso, nem constituem produto de elocubrações mentais solitárias, divorciadas da sociedade, livres do atrito dos valores humanos. Tôda autêntica corrente filosófica deve refletir as exigências essenciais de sua época, sendo certo que as doutrinas somente possuem universalidade e concretitude na medida em que logram traduzir algo de substancial nos horizontes de nosso ser histórico.

A teoria dos valores é hoje central porque acima de tudo no mundo contemporâneo está em causa o valor do próprio ser humano. Jamais o homem se sentiu tão aflito, tão ameaçado; tão rico de saber e de ciência e, no entanto, tão carecedor de segurança e tranqüilidade. O mundo em que hoje vivemos, se nos surpreende, por certo decepcionaria aos pensadores do século passado, os quais, confiantes nos progressos das ciências e da técnica, se julgavam em condições de vaticinar uma época tranqüila, pela multiplicação dos bens materiais, pela disseminação do saber, pela possibilidade de comunicação mais pronta entre os povos, por todos aquêles elementos que sem dúvida alguma representam os benefícios da civilização chamada burguesa. Infelizmente, verificamos que assim não aconteceu. Haverá porventura quem não perceba, senão a angústia, pelo menos a inquietação e a perplexidade do homem no dealbar da era interplanetária? Desvendamos, é certo, prodigiosos mistérios da natureza, penetramos nos refolhos do átomo e descemos a camadas do ser que antes pareciam insondáveis; elevâmo-nos a altitudes jamais sonhadas, e, imitando o Criador, acrescentamos pretenciosos satélites ao nosso já pequeno planeta. Mas se dominamos cada vez mais a natureza, êsse domínio parece aumentar cada vez mais os motivos de preocupação sôbre o destino da espécie.

3. Era natural, por conseguinte, que sentíssemos necessidade de procurar no fundo de nossa consciência o foco irradiador da possível paz espiritual. Volta, assim, a resplender o antigo ensinamento de SANTO AGOSTINHO, aconselhando-nos a volver à intimidade da consciência, porque é nela que habita a verdade. Eis aí a razão pela qual surge uma problemática mais urgente do que a problemática do ser: é a problemática do valor, o que levou JÉAN WAHL a afirmar que “o homem é um militante do valor e não um cortesão do ser”. Quando MAURICE BLONDEL, o subtil filósofo da ação, nos lembra que a filosofia no século XX tem sido acima de tudo uma axiologia, uma teoria dos valores, está proclamando uma indiscutível verdade, pois até mesmo os neo-positivistas não podem deixar

de tomar posição perante o grande tema, embora de maneira negativa ou reticente. Não quero dizer, porém, que a filosofia se reduza à filosofia dos valores, nem que toda tarefa do filósofo se esgote na análise do que sejam os valores, no estudo das possibilidades de seu conhecimento, ou das formas pelas quais atuam sobre a conduta humana. Penso, todavia, que o valor está no centro da filosofia, o que explica seja uma das preocupações básicas de sucessivos congressos de filosofia, ultrapassando, aliás, as lindes dos filósofos para invadir o campo da Psicologia e da Sociologia, abrindo-se perspectivas inéditas à compreensão de múltiplos problemas existenciais.

Perguntará alguém onde foram os filósofos buscar inspiração para a problemática dos valores. Aparentemente, a Axiologia ou a teoria dos valores foi apenas o desenvolvimento de um tema clássico da Economia Política. Na realidade, porém, a Filosofia sempre cuidou dos valores. A palavra não existia, mas os filósofos da Grécia Antiga ou da Idade Média, quando cuidavam dos problemas que estão merecendo alguns instantes de vossa atenção, referiam-se à problemática do ser sob certa perspectiva, ao *ser enquanto bem*, ou ao *ser enquanto fim*, objetivando explicar tanto a razão dos comportamentos humanos como o sentido dos fenômenos naturais. A teoria *finalística* ou *teleológica* do ser antecedeu à Axiologia, e, de certa forma, preparou o advento da compreensão autônoma dos valores, cujo estudo já agora constitui um pressuposto de qualquer consideração de ordem teleológica. É, por conseguinte, a meditação específica e prévia sobre o mundo dos valores que representa uma das notas distintivas do pensamento de nossa época, que não se limita mais a investigar o sentido da existência humana ou, em geral, do ser do mundo, mas, como adverte F. JOACHIM VON RINTELEN, procura uma visão unitária a partir do fenômeno do valioso imediatamente dado, ou seja, da determinação ôntica do valor, em função das imagens do mundo (*Weltbilder*).

4. O fato de terem sido os economistas os primeiros a dedicar atenção ao problema do valor, procurando determiná-lo em função dos conceitos de utilidade, de raridade, à luz da lei da oferta e da procura, ou em termos de puras relações matemáticas, é deveras eloqüente para comprovar-se a correlação essencial que existe entre êsse tema e o sentido da época em que vivemos.

Se a Economia Política chegou a ser concebida como *ciência do valor*, é que, sem dúvida, nenhuma época histórica teve, tanto como a nossa, a marca das preocupações produtivas e utilitárias.

Dessarte, quando KARL MARX, fundindo a dialética de HEGEL e o materialismo de FUERBACH, desenvolveu a sua concepção da história fundada na fôrça modeladora dos meios de produção, não fazia mais do que estender para todos os ciclos históricos o acertado diagnóstico da época burguesa, efetivamente dominada pelo primado das valências econômicas.

Animado pelo mesmo espírito produtivista, que inspirara os mestres manchesterianos, desde ADAM SMITH a DAVID RICARDUS, o autor de *O Capital* teve o mérito de correlacionar o fator econômico com os demais fatores sociais, e, apesar de acentuar em demasia a importância da técnica de produção, até ao ponto de desnaturar a fisiologia complexa do processo histórico, soube revelar-nos que “capital”, “trabalho”, “valor”, etc. são conceitos cuja determinação se liga à problemática filosófica e sociológica.

5. Na realidade, a noção de MARX nos dá de *valor* ultrapassa os horizontes particulares da ciência econômica, suscitando uma série de questões de alcance universal.

Pois bem, ao mesmo tempo que o marxismo potenciava, histórica e sociologicamente, o conceito de valor, sofria êste o embate e o contraste das mais diversas e conflitantes teorias, cada uma delas refletindo um aspecto da matéria, segundo perspectivas unilaterais e incompletas.

E tantas e tão antagônicas foram as perspectivas dos economistas que houve quem, traduzindo o geral desencanto, sustentasse ser preferível o abandono definitivo do valor como tema positivo da ciência econômica, para se preferir apreciar, segundo critérios objetivos, de caráter matemático e estatístico, o sistema das relações de produção e de circulação das riquezas.

Como se vê, o valor transbordava do leito de Procusto dos economistas, projetando-se na plenitude dos horizontes históricos, como uma pergunta prévia sobre a valia mesma do homem, cuja realidade ôntica passou a ser então considerada menos urgente do que a sua expressão axiológica. Antecipando, aliás, o sentido dos novos tempos já KANT, e depois dêle HEGEL, puzera em realce no conceito de *pessoa*, não o seu aspecto substancial, à maneira tradicional de BOÉCIO, mas antes o seu significado deontológico.

De certa forma pode-se dizer que, à medida que o homem veio sentindo a carência de seu ser histórico, pôsto entre as aporias de uma civilização em crise, mais emergiu e se alargou a pergunta sobre o destino da espécie, ou como costume dizer, sobre o *dever ser* do *ser* do homem.

Quando, por conseguinte, NIETZSCHE anunciou a inversão de todos os valores, proclamando que “o mundo se volta sempre para os inventores de valores novos”, estava situando genialmente o problema nas coordenadas da temporalidade, demonstrando, em suma, que a axiologia deve se desenrolar cada vez mais em consonância com a teoria do homem e a teoria da história.

Dir-se-á que estou exagerando o alcance da crise de nosso tempo, comparável a tantas outras registradas no passado, e que, além do mais, bem ponderado o assunto, de crises se compõe toda a tecitura da experiência humana.

Não há dúvida que a história é uma sucessão de mudanças e que, sob esse prisma, há e haverá sempre crises. Não confundamos, todavia, as alterações operadas na superfície do fluxo histórico, ou as que assinalam simples eclosão ou amadurecimento de tendências que já atuavam no bôjo das virtualidades existenciais, com as

rupturas radicais que às vêzes se verificam no cenário histórico, cortando amarras que prendiam o batel humano a ancoradouros considerados definitivamente tranqüilos e certos.

São essas pròpriamente as *crises de estrutura*, distintas pela substituição de inteiras tábuas de valores, à cuja luz se configura e se afirma uma nova dimensão tanto do homem como do cosmos. Aliás, não há cosmovisão que não seja o concomitante situar-se do homem perante si mesmo e as coisas.

Eis porque, repito, quando NIETZSCHE, reagindo contra o formalismo neo-kantiano e o otimismo empírico dos positivistas, anunciou que a humanidade se encontrava numa encruzilhada decisiva de transmutação de todos os valores, compreendeu que efetivamente não se tratava de uma simples passagem de um momento para outro da história, mas de algo mais profundo que dizia respeito à concepção mesma do homem.

Em verdade, tôda vez que ocorre uma crise de estrutura, altera-se a imagem do universo e do homem, dando lugar a uma nova compreensão da antropologia como ciência filosófica fundamental, à qual as ciências antropológicas particulares fornecem elementos sob o necessário ponto de vista empírico-positivo.

6. Ora, nos últimos decênios, a preocupação pelos assuntos axiológicos veio determinando uma série de pesquisas que já é possível ordenar de forma sistemática, não obstante o desconcertante multiplicar-se das teorias.

Já se pode falar em *Ontologia dos Valores*, destinada a pesquisá-los em sua estrutura e consistência; em *Epistemologia dos Valores*, empenhada na discussão dos métodos mais adequados à sua interpretação e vivência; em *Sociologia* ou *Psicologia dos Valores*, cujas contribuições visam determinar o sentido e o alcance das experiências valorativas do ponto de vista individual e coletivo; em *Antropologia axiológica*, na medida em que se procura, de um lado, resolver a delicada questão das tábuas de

valores através da história, e, de outro, tipificar as possíveis “formas de vida” ou as categorias exemplares do homem, segundo a preponderância dêste ou daquele outro valor na variegada tipologia da existência humana.

Dirão uns que os valores são fatos psíquicos, ligados à vida afetiva, enquanto outros procurarão explicá-los como fenômenos volitivos etc.; haverá quem só encontre na Sociologia a resposta adequada ao problema ôntico do valor; mas não faltarão os convictos de sua “idealidade” ou “supratemporalidade”, isto é, da objetividade ideal dos valores, concebidos como entes separados ou indiferentes às valorações contingentes e empíricas...

Análogo adejar de doutrinas será possível surpreender-se no plano epistemológico, uns pregando métodos intuitivos, sob as mais diversas modalidades, enquanto outros só admitirão acesso positivo ao mundo dos valores através das vias intelectivas ou de processos histórico-dialéticos, não faltando, para completar o quadro, agnósticos e céticos.

Não seria possível, evidentemente, no breve transcurso desta conferência, alinhar as doutrinas fundamentais que se elaboraram e continuam a ser elaboradas sôbre tão grandes temas, e muito menos tentar uma síntese superadora das antinomias suscitadas pelos conflitos das perspectivas.

Se, como veremos logo mais, e já deflui do anteriormente exposto, o problema do valor, em última análise, implica essencialmente o da existência humana, nada de estranhável que não haja acôrdo, mas antes aporias e conflitos no trato da matéria. Nada mais contraditório do que o homem, dada a ambivalência essencial de seu ser pessoal, ora voltado para si mesmo, ora voltado para a sociedade; ora desejoso de estabilidade, ora seduzido pelo movimento; ora prêso às amarras do passado, ora projetado liricamente para o futuro; ora impulsinado pelas forças dionisiacas da afetividade, ora sublimado pelas forças apolíneas da razão; sempre vacilante entre a certeza

empírica de nexos causais imanentes e os planos encobertos da transcendência.

Polaridade do existir, polaridade do valor, num perene equilíbrio instável, através do qual se renovam os ângulos e as perspectivas da história, que constitui, sob êsse prisma, a experiência filosófica concreta.

Pelo mar agitado das interpretações axiológicas de nossa época não vamos, pois, tentar um vôo rápido de reconhecimento, que seria pouco fecundo e até mesmo inautêntico. Prefiro visualizar a questão a uma outra luz, procurando situar os grandes divisores axiológicos da cultura contemporânea, pondo em foco a raiz do divórcio ou do conflito ideológico entre o Ocidente e o Oriente, tomados êstes têrmos em mero sentido de prevalência geográfica. Interessar-nos-á, esta noite, mais o aspecto dramático, por assim dizer, da questão do que as subtis e penetrantes análises que ontólogos e epistemólogos nos têm brindado sôbre a consistência ou a cognoscibilidade dos valores<sup>1</sup>.

7. Comecemos pela análise da cosmovisão que seduz os povos comunistas, ao procurarem traduzir em realidade os ideais de KARL MARX. É claro que, à luz etiológica das idéias, desde o Mar do Norte e o Mediterrâneo até ao Pacifico, as chamadas repúblicas democrático-populares estão vivendo uma ideologia do Ocidente. O marxismo situa-se, histórica e ideologicamente, no processo evolutivo da cultura européia, de tal sorte que um chinês de MÁO-TSE-TUNG está hoje mais perto da Europa do que nos tempos do obscuro domínio ocidental.

Ora, o marxismo não é uma teoria econômica, como não é uma teoria política, ou uma doutrina filosófica, porque é tudo isto numa unidade indissolúvel. Seria falha tôda e qualquer apreciação crítica do marxismo que olvi-

---

1. Quanto a uma visão panorâmica dessas contribuições à Axiologia, permito-me lembrar as páginas que dediquei ao assunto no 1.º volume da minha *Filosofia do Direito*, 2.ª edição, São Paulo, 1957.

dasse o seu desenvolvimento sob o signo da categoria da *totalidade*, que dá sentido a cada problema particular na medida e enquanto o situa e o correlaciona concretamente no todo.

Em suma, o marxismo é, antes de mais nada, uma concepção do mundo, assente, como não poderia deixar de estar, numa concepção fundamental do homem, o que equivale a dizer, dos valores pelos quais o homem se empenha.

8. Para essa concepção o ponto nuclear e fundamental consiste na afirmação do primado do bem estar vital sôbre os valores que tradicionalmente são apontados como sendo os superiores na hierarquia espiritual. Para a teoria marxista o que há de substancial, de contínuo e de permanente, como fator determinante dos comportamentos individuais e coletivos, é o processo técnico de captação das forças da natureza para a elaboração dos bens indispensáveis ao bem estar humano. Não se trata, como alegam críticos superficiais, de uma concepção empírica e utilitarista, mas antes de uma ampla concepção que procura abranger os problemas da vida humana numa visão unitária, satisfazendo, assim, a um dos anseios naturais da inteligência perquiridora.

Há quem afirme, como por exemplo LEFÈVRE que o marxismo é um humanismo. Não lhe recuso tal qualificação, mesmo porque há muitas formas de conceber-se o humanismo. Sem dúvida alguma, seria absurdo recusar ao marxismo o desejo de perfectibilidade humana, a confiança numa humanidade melhor, redimida graças à sua própria potência revolucionária, segundo uma teoria embebida na *praxis*, mais destinada a transformar do que a interpretar o mundo.

Sob êsse ponto de vista, o marxismo não abandona aquela confiança nos poderes demiúrgicos da ciência e da técnica, nas quais, como vimos, os positivistas do século XIX haviam se revelado tão confiantes. A diferença é que os marxistas aliam à força transformadora das ciências positivas a força política propulsora e dominante da classe

operária, do proletariado, visto por êles como o fruto por excelência das conquistas mais revolucionárias da sociedade burguesa e herdeiro necessário de um patrimônio que a burguesia decadente não estaria mais em condições de incrementar.

Não importa discutir aqui se, efetivamente, para MARX, ENGELS ou LENINE, é o fato econômico, como realidade por excelência, que plasma as superestruturas sociais, como seriam a Religião, o Direito, ou as Artes, ou se, ao seu ver, tais criações histórico-culturais adquirem valor próprio, condicionando, por sua vez, o projetar-se da infraestrutura produtiva. O que interessa é vê-los proclamar, sem discrepância, que tudo na história, ou é gerado por conflitos de interesses econômicos ou se destina a superar tais conflitos, permanecendo, assim, quer genética, quer teleologicamente, o valor *útil-vital* no ápice da tábua axiológica.

No historicismo marxista, todo o fazer humano é governado pela força imanente da progressiva socialização dos meios técnicos de produção, da qual deverá defluir, como consequência inevitável, a socialização das consciências, no sentido da participação de todos aos valores totais da comunidade, numa libertação total, conseguida graças ao desaparecimento das classes e à extirpação definitiva de tôdas as formas de alienação do homem. Daí a conclusão, nem sempre explicitamente confessada, mas implícita na doutrina, da liberdade como simples “consciência da necessidade”, sendo o homem, mais do que livre, “condenado a ser livre”. É a *liberdade* compreensão como *libertação* na dialética do processo histórico.

Na dramaturgia comunista, o resultado final da *libertação*, essencialmente coincidente com o termo final da *alienação* de um homem a outro homem, só poderá ser o fruto maduro da transformação social operada na infraestrutura econômica e em suas objetivações históricas, de sorte a assegurar “o govêrno das coisas”, um ordenamento político-administrativo com tais características que nada resulte de atos decisórios eminentes, ocultando primados e

supremacias de qualquer natureza: ao arbitrio de indivíduos ou de grupos dominantes substituir-se-á a expressão objetiva e espontânea de leis brotadas de iguais necessidades coletivas...

Nessa idéia basilar do “governo das coisas”, ou seja, de uma vida social ordenada segundo forças imanentes, livres dos enganos e dos desvios que nascem dos atos decisórios, lateja uma desconfiança radical no indivíduo como tal, que se prefere conceber como simples momento de um processo total englobante, como aparelho de rádio sintonizado segundo um mesmo e indeclinável comprimento de onda, a fim de que só valha, em última análise, *o todo*.

Exacerba-se, na doutrina marxista, a subordinação do indivíduo ao todo, já postulada pela filosofia hegeliana. Note-se, no entanto, que para HEGEL, o Estado, — apesar de constituir a plenitude da realização ética, — não é senão o momento culminante do Espírito Objetivo: acima dêle, superando-o, desenvolvem-se os momentos do *Espírito Absoluto*, como Arte, Religião e Filosofia.

Para KARL MARX, ao contrário, a *sociedade* se converte no Absoluto, nada sendo possível conceber-se fora ou acima dela. Dai a compreensão da Arte, da Religião e da Filosofia como instrumentos da *praxis* revolucionária, a serviço da coletividade.

É certo que para preparar o advento da *libertação total*, o marxista prega e legítima, por tempo imprevisível, a ditadura do proletariado; não é menos certo que para o triunfo fatal do espontâneo e do objetivo postula-se a *praxis* consciente, o desencadeamento do processo revolucionário, mas não se deve esquecer a nota anárquica que se oculta no âmago do marxismo originário, postos os olhos numa comunidade ideal sem Estado, enquanto centro de referência de poder e de domínio, por se terem tornado socializadas e complementares as liberdades, com base na socialização harmônica dos meios de produzir.

Quando o marxista anuncia, pois, o futuro “governo das coisas”, na fase final do “Estado evanescente”, não

está empregando a palavra “coisa” no sentido material daquilo que oferece ao homem certa resistência, mas se refere a tudo que se atualize como *estrutura, organização*, ou *objetivação* neutra espontânea. Não o primado da liberdade, mas do sistema; não a excelência das dedicações pessoais, mas das estruturas burocráticas; não a confiança nas reservas éticas da livre iniciativa, mas apenas e tão somente o frio comando dos cálculos estatísticos, prevalecendo, assim, a planificação, o dirigismo, a coisificação dos serviços públicos e das formulações jurídicas. Este é o sentido real e exato da pretensão de subordinar o homem às coisas, o que pressupõe, por conseguinte, o predomínio absoluto do *valor do todo* sobre o valor de seus elementos componentes.

Essa relação entre *todo* e *parte* é que nos fornece a chave da diferenciação a ser feita entre os dois mundos que hoje disputam os quadrantes da história.

9. Postos assim os dados da questão, dever-se-á concluir que, em contraposição ao *totalitarismo* comunista, o Ocidente esteja defendendo a tese do *pluralismo* das iniciativas, fundado no valor irrenunciável de cada homem no seio da ordem jurídico-política?

Assim deveria ser, ou melhor, deve ser, mas não é dito que o mundo ocidental esteja pautando sempre os seus atos em consonância com os ditames dêsse dado axiológico fundamental.

Na realidade, muitas vezes fico a pensar se há diferença entre ser “governado pelas coisas” na totalização unitária do Estado soviético, ou através de certas estruturas empresárias e governamentais dos regimes democráticos, que modelam a sociedade ocidental à sua imagem e semelhança, fabricando o homem-massa mais conveniente às exigências do mercado consumidor ou dos prélios eleitorais.

Tanto vale tratar os homens como se fôssem “coisas” no momento deontológico da *praxis*, sob prisma indivi-

dualista ou coletivista, pois que o resultado desolador será sempre idêntico.

De certo ponto de vista, embora tal afirmação possa causar escândalo, ainda a teoria marxista teria a seu favor, para legitimá-la, a esperança remota de uma libertação obtida graças ao desaparecimento da luta de classes, enquanto que no Ocidente “coisifica-se” o homem sem se visar algo de superior ao processo de sua crescente instrumentalização, invocando-se, talvez, a título explicativo, os índices estatísticos inegáveis da participação cada vez maior do povo na fruição dos bens produzidos.

Mister é, porém, que a causa do Ocidente seja mais conscientemente correlacionada com os alvos que a dignificam, revelando-se insuscetível de confundir-se com o ideal marxista, pelo valor radical da *liberdade* que a informa.

Em um trabalho intitulado *Liberdade e valor*, que redigi como um dos relatores do XII Congresso Internacional de Filosofia, realizado em Veneza, em 1958, penso ter mostrado a correlação essencial entre aquêles dois conceitos, e que as diferentes concepções axiológicas poderiam ser distintas segundo a maneira de situar-se a liberdade no sentido total da existência humana.

10. No entanto, há quem considere dispensável e até mesmo nociva qualquer cogitação sôbre os problemas axiológicos, reputados “destituídos de sentido”.

Tomados pelo desejo de não aceitar senão o verificado, — quer analiticamente, através de reduções lógico-formais, quer sinteticamente, através da experiência, — os neo-positivistas reputam os temas axiológicos de caráter irracional, suscetíveis de ser analisados apenas como fatores determinantes da ação, segundo critérios puramente estatísticos.

Quando se arreda da Filosofia a problemática do homem e aos poucos se reduz o filósofo a um especialista a serviço da certeza científica, perde-se a visão compreensiva do todo; e, julgando-se livre de pseudo-problemas,

na realidade o pensador acaba escravizado a uma compreensão unilateral e falha do real, sem nos poder dizer, além do mais, como lhe foi possível *verificar* que só o verificável analítica ou experimentalmente corresponde à verdade...

O positivismo clássico, de AUGUSTO COMTE e HERBERT SPENCER, apesar de algumas interpretações discutíveis do homem e do cosmos, tinha o mérito de constituir uma “totalidade de compreensão”, na qual era dado aos homens situar-se, consoante subtil ponderação de FRANCISCO ROMERO, “tanto para viver como para morrer”.

Ao contrário, o neo-positivismo, se, de um lado realiza uma tarefa benéfica, exigindo mais rigor conceitual e mais precisas formas expressionais, contribuindo para o apuro da linguagem lógico-científica, — de outro lado, descamba para a eliminação progressiva daqueles problemas que, por dizerem respeito ao destino humano, estão hoje mais diretamente em causa.

Nenhuma doutrina é tão frágil, como a do neo-empirismo, para contrapor-se à ideologia comunista que tem a força de uma cosmovisão, capaz de abranger o político e o militar, o cientista e o proletário numa “totalidade de sentido”.

A nota de renúncia ou de abstenção de problemas, característica de certas tendências neo-positivistas, foi admiravelmente assinalada por FERRATER MORA ao lembrar que para WITTGENSTEIN, por exemplo, “as questões não devem ser resolvidas, mas dissolvidas”, apresentando-se, assim, como um anti-SÓCRATES, visto não pretender êle suscitar dúvidas para dar nascimento ao *conceito*, segundo o processo *maieútico*, mas visar antes uma terapêutica tendente a por fim ao malestar e às inquietações oriundas do conceito, o que corresponderia ao método *tafêutico* ou fune-rário.

Não é de uma Filosofia supressiva de problemas, nem de outra, também em voga, opressiva, desesperançada e não menos hostil às sínteses superadoras da Razão que carece o Ocidente, porém, de uma renovada concepção do

homem e do cosmos, na qual se correlacionem e se polarizem em unidade orgânica as exigências das *partes* e do *todo*, e se dialetizem, em unidade concreta, *ser* e *dever ser*, assim como os valores do intelecto e os da objetividade, primando, porém, em surgindo a necessidade de optar, a *liberdade* sôbre a *organização*.

Sòmente essa compreensão dialética, sempre aberta ao influxo de novas circunstâncias e valores, é que poderá servir de base à mútua compreensão daqueles que aspiram à *totalidade*, mas não amam menos a *multiplicidade* das perspectivas. Ao *monismo* ideológico dos marxistas, reduzidos a dedilhar as variantes talmúdicas das obras de MARX ou LENINE, necessário é contrapor, como decorrência da reconhecida *liberdade* constitutiva do Espírito, o *pluralismo* das filosofias coexistentes, no diálogo fecundo possibilitado pela convicção do valor radical da pessoa humana e de que “o limite da liberdade só pode ser outra liberdade”.

11. Não haveria, com efeito, outra saída senão acolher as conclusões marxistas se efetivamente a consciência do homem fôsse mera resultante das relações econômicas de produção, desaparecendo, assim, qualquer distinção entre realidade e consciência, tal como o proclama o materialismo dialético.

Estou convencido, porém, de que a verdade está com aqueles que, como GABRIEL MARCEL, reputam o homem livre na medida em que se negar como coisa.

Longe de “coisificar-se”, subordinando-se às linhas inflexíveis imanentes ao já acontecido, deve-se reconhecer que o homem vai projetando a sua tonalidade específica sôbre tudo que o cerca: os *valores*, no fundo, refletem a dimensão humana acrescida às coisas das quais o homem se serve em sua renovada faina histórica. O que disse ESPINOSA da beleza (a beleza é um acréscimo do ser) poder-se-á dizer de todos os valores.

Desde a arma de sílex mais rudimentar, talhada pelo homem primitivo, na ânsia de defesa ou de domínio, até

às mais surpreendentes criações da Física hodierna, tudo são “humanizações” das coisas, insuscetíveis de serem compreendidas com abstração do Espírito, revelador de formas inéditas na natureza.

Não resta dúvida que a “cultura”, ou seja, no dizer conhecido de SIMMEL, o patrimônio de espiritualidade tornado objetivo pela espécie humana através dos tempos, é essencial à determinação da “imagem do homem”. Esta ficaria mutilada se fizéssemos abstração do mundo histórico, do complexo de bens materiais e espirituais em que o espírito humano se refletiu e que, uma vez constituídos, passaram a condicionar os atos criadores das gerações supervenientes.

Não houvesse a objetivação das intencionalidades no sistema dos *bens culturais*, e teria sido precário o diálogo das gerações, o intercâmbio espiritual dos ciclos históricos. Penso assistir razão a GOLINGOOD quando adverte que, no fundo, não há civilizações estanques, ou totalmente extintas, pois elas se comunicam através de múltiplos processos de compreensão, atuando sobre as posteriores em várias formas de recepção de idéias e valores.

O homem é, pois, também a sua “herança histórica”, aquilo que já se tornou *fato* e que, como tal, atua sobre os comportamentos atuais e futuros.

As vêzes somos levados a exagerar a importância desta ou daquela objetivação cultural, sejam elas os processos técnicos de produção econômica ou as estruturas jurídico-políticas, e, então, perdemos contato com o foco de que promanam os cabedais de conhecimentos, de utilidades ou de formas estéticas, que distinguem as diversas civilizações e idades.

É preciso, por conseguinte, — e essa é uma necessidade que se torna imperiosa quando se deflagra uma crise de estrutura, — transcender o mundo do “criado” ou do “constituído” para atingir-se o centro irradiante, o fulcro revelador incessante das “formas” que envolvem a natureza e a dominam e a põem a serviço de fins humanos.

Quando nos elevamos à fonte primeira da cultura, o que se nos revela é o homem em sua auto-consciência espiritual, ou, por outras palavras, o Espírito como liberdade constitutiva, que dá significado às “coisas”, ao construído e ao sistematizado, ao “fático” e ao “normativo”, que tudo se subordina ao valor primordial, como os rios mais caudalosos remontam à força original e plúrima de seus mananciais.

12. Não nos deixemos, pois, iludir pelo esplendor das “obras”, com esquecimento do “pensamento” que nelas pulsa. Vêde aquela máquina, harmoniosa no ritmo sincrônico de polias e engrenagens, obedecendo com precisão micrométrica a comandos remotos; é aço, é alumínio, são fios, válvulas, bobinas, tudo o que há de mais material e físico, e, no entanto, não nos iludamos: aquela máquina é o resumo feliz de milênios de história, albergando os instantes criadores que iluminaram de súbito as vias ascensionais das hipóteses triunfantes, assim como as longas e penosas jornadas gastas por sábios absortos em seus laboratórios, por operários no bulício das usinas, por empreendedores lançados no campo do lucro e do risco.

O ritmo da máquina reproduz, no fundo, o pulsar do coração humano. Através dela, como se fôra uma lente aproximadora de imagens temporais, vejo séquitos de trabalhadores do braço, do capital e da inteligência; vejo projetando-se, em esforço diuturno e confiante, o Homem, sim o Homem, na sua afirmação pessoal, como raiz de todos os valores.

13. Certa vez, discutia-se no Parlamento britânico se, para erguer uma barragem no Nilo, valia a pena sacrificar um templo do mais alto significado histórico; ficaram os presentes ondulando entre motivos estético-culturais e utilitários. E houve quem sentisse, em tôda a sua profundidade, o problema axiológico subjacente, ao formular uma pergunta estarrecedora: “Se numa casa em chamas houvesse uma criança num berço e uma obra prima de Rafael,

e se fôsse mister optar com urgência entre uma ou outra, qual delas deveria ser salva?”

Embora sem sentirem a crueza do exemplo lembrado, há homens que tudo sacrificam para a salvação das coisas, nem se apercebem dos gemidos e dos gritos de dor e de revolta que vão semeando em sua marcha inexorável. Outros há, ao contrário, que põem a tônica do amor nos valores da pessoa do *próximo*, sabendo amar, na concretude imediata do possível, a humanidade genérica e abstrata. Tais homens não vacilariam um instante sequer em salvar a criança, e através dela, o valor por excelência, que é o próprio homem visto como valor-fonte de todos os valores.

Tudo no homem são polaridades. Vive e, quanto mais vive, mais se destina à morte. Cria, e, no momento culminante da criação, desprende-se-lhe a imagem, a forma, a idéia. Refugia-se em si mesmo e no seu refúgio carrega consigo os outros, a sociedade e o Estado. Realiza a justiça, cultiva a beleza e a verdade, e, quanto mais multiplica os atos de amor e de justiça, de ciência e de beleza, mais sente carência desses valores, mais se mostra sedento de justiça, de amor, de beleza, de verdade.

Como, então, querer esvaziar o homem de seus ideais, do *dever ser* que é a razão de *ser* de sua existência?

Eis aqui a verdade fundamental, que nos entreabre os pórticos do reino dos valores: o *ser* do homem é o seu *dever ser*, porque só êle, dentre todos os entes, de maneira originária (e não derivada, como ocorre com os bens de cultura, desde os econômicos aos artísticos) é *enquanto deve ser*.

Se atentarmos, todavia, nessa dimensão radical do homem, na polaridade que se põe entre *ser* e *dever ser*, entre realidade e ideal, nos horizontes da Axiologia uma luz resplandece e, embora não possa o homem apreendê-lo, um valor se intui, de que os demais todos são reflexos, o Valor que é pressuposto e razão da vida, em virtude do qual lateja na raiz de nós mesmos congênita carência de ideal e de perfectibilidade.

# Ainda e sempre, defesa das liberdades humanas\*.

*Moacyr Amaral Santos*

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

Tão só por dever assumimos o encargo de ocupar a tribuna. O eleito por seus merecimentos, aliando a distinção, que o comovera, ao encerramento de suas atividades nesta casa, pressentindo a angústia da despedida inevitável das almas queridas que a povoam e o amam, furtou-se ao ato, para assim fugir às homenagens que justamente lhe seriam tributadas. Preferido seria outrem, em sua substituição, se os consultados, todos salientes de dotes entre os seus pares, não se escusassem com ponderações irrefutáveis à honraria, que a tanto equivale proferir a oração doutoral na solenidade comemorativa da fundação dos cursos jurídicos do país. Tomando sobre nós o encargo, que ao mesmo tempo é prêmio, exercêmo-lo no cumprimento do dever de submissão às deliberações da augusta Congregação.

É de imaginar, vivêssemos nós em São Paulo ou Recife de 1827, com que transbordante e patriótico contentamento festejaríamos a notícia da lei de 11 de Agosto! Complementava-se a independência do país, dando-se-lhe condições de existência estável, consideração, aliás, apadrinhada por FERNANDES PINHEIRO, visconde de São Leo-

---

\*. Oração proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 11 de Agosto de 1961, na solenidade comemorativa da fundação dos cursos jurídicos no Brasil.

poldo, no limiar da primeira Assembléa Constituinte, ao advertir seus pares ser impossível a existência de nação independente sem uma escola de ciências, em que se formasse a inteligência da sua mocidade. À independência, no Ipiranga, rompendo os laços políticos com o além-mar, seguia-se, logo em primeiro de março de 1828, ainda em São Paulo, a Academia, no Convento de São Francisco, onde se ilustraria, ao contacto com o pensamento universal, que as ciências e as artes infundem, a mentalidade da nova pátria.

Em grande parte, a escola é o professor. Mas pressupõe alunos. Aquêlê abre clareiras, ensejando as longas caminhadas; êstes por elas investem, mas já prevenidos, e por isso confiantes, desbravando o ignoto. As lições são pontos de partida, para direcções as mais variadas, quantas delas inesperadas. Explica-se assim porque, sem embargo das noções confusas e até mesmo inconciliáveis de filosofia jurídica, na cadeira de direito natural, expendidas por AVELAR BROTERO, a misturar fundamentos da escola teológica com idéias de racionalismo revolucionário, os seus discípulos lhe tomassem a dianteira no desenvolvimento das doutrinas e dos fenômenos sociais da época e assinalassem a preocupação de imprimir as tendências novas na direcção dos destinos do país. “Já então — disse um dia RUI, rememorando a sua juventude — já então a nascente Academia era um meio habitado pelas reivindicações do futuro”. E tais eram que mesmo aos professores, “que haviam bebido os estilos do respeito nos moldes coloniais”, causavam espanto.

Transportara-se para o Convento, envolto em romantismo, o racionalismo apaixonante do ROUSSEAU e de SIÈYES, não bastando aos moços, entretanto, proclamar a liberdade como da essência do homem, por mais agradar-lhes o princípio nos três postulados da Revolução, em que se desdobrava — a liberdade, a igualdade jurídica e a resistência à opressão, que iriam servir de bandeira aos movimentos nacionais até os nossos dias. Ao impulso dessas idéias, com a imprensa de COSTA CARVALHO e de

LÍBERO BADARÓ, acompanhados de uns poucos liberais, prepararam os acadêmicos a pequenina São Paulo, de dez mil almas, para a tormenta de 1831, em que, na frase do mesmo RUI, “o trono se salvou nos braços do povo”.

Na cátedra de direito romano, quarenta e tantos anos depois, pregava CRISPINIANO o historicismo de SAVIGNY. Nos meios estudantis, entretanto, dominante o arraigado sentimento de liberdade e resistência aos desmandos do poder, perdurava a influência da Marselhesa e da sua filosofia. Verdade é, de há muito, no mundo culto, se passara de ROUSSEAU para KANT, cujo idealismo consciente e comedido refreava os exageros e retificava as inconsistências do “Contrato Social”, mas, nos arraiais acadêmicos, do gênio de Heidelberg, não obstante já penetrável nas preleções escolares, apenas ressoava a unção com que o filósofo trabalhava a liberdade para erigi-la em idéia fundamental dos direitos. No campo das atividades políticas, nas fermentações da maçonaria, nas polêmicas dos salões, ou nos comentários do *Radical Paulistano*, apesar dos proclamados talentos de Crispiniano, o seu homem histórico e social seria ainda por muito tempo olvidado pelo homem ideal, com os seus direitos inatos e inalienáveis. A revolução, que alimenta a mocidade e dela se alimenta, continuava em marcha, agora mais difícil e perigosa, com a finalidade de desembaraçar os negros das algemas e o Brasil do opróbrio da escravidão.

Nos entreveros da luta, que se anunciava renhida, a preeminência dos acadêmicos mais de uma vez se fêz assinalada, até mesmo com o sacrifício do prestígio e autoridade dos mais doutos mestres. Assim, na “Loja América”, ANTONIO CARLOS, seu ilustre venerável, morde a derrota inflingida pelo mesmo RUI, liderando ali a corrente liberal. Por proposta dêste, a que se opôs o professor de direito comercial, os membros da casa se obrigaram a libertar o ventre de suas escravas e se impunha aos futuros iniciandos o mesmo compromisso. Com êsse ato, que por si só qualifica uma geração, com a ajuda dos estudantes da Academia antecipavam os liberais de São Paulo,

que naquela casa se congregavam, a medida que dois anos mais tarde, em 1871, se converteria na lei de 28 de Setembro.

Logo mais, na Congregação e na cátedra pontificava BENEVIDES, a um tempo mui douto e cintilante, convicto e corajoso na pregação apaixonada da escola teológica, dos direitos que todos vêm de Deus, transmitidos aos homens pela revelação. Encantava os discípulos, mas não os convencia. “Retumbava na cátedra — assevera PORCHAT — mas não penetrava os espíritos” Estes, os dos estudantes, se distribuíam entre SAVIGNY e o racionalismo, mais para esta que para aquela escola. Amavam o mestre consagrado, mas estavam comprometidos com a Abolição e já sonhavam com a República.

Os devaneios republicanos, todavia, já atraem os moços para o positivismo, não poucos dos quais, enebriados com o “Sisthème de Politique positive”, de COMTE, se inclinariam para a “religião da humanidade”, que tem “o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim”.

Acentuam-se mais colorida e calorosamente as correntes do pensamento e conforme elas as incursões precipitadas, mas claramente definidas, para o futuro. Com um ano de diferença, dois acontecimentos de repercussão nacional sem precedentes: lançam os republicanos o seu Manifesto e promulga-se a lei do ventre livre. Mais um passo, à Abolição seguia-se a queda do trono.

Custou caro a República para ajustar-se. Na consolidação destruiu os partidos, engrenando-se as forças políticas no regime das unanimidades imposto pelo governo da União, a cujo serviço a probidade pessoal dos melhores e mais eminentes cidadãos se desprimorava na prática da mais indecorosa e repelente fraude eleitoral, sem a qual os ocasionais agrupamentos oposicionistas ganhariam terreno e perturbariam a estabilidade dos beneficiados pelo bafejo oficial. Conseqüência inevitável do despudor eleitoral, a onda surda de protestos a acumular-se na imprensa, nas escolas e nos quartéis.

Na Academia, o nosso querido JOÃO ARRUDA, tanto na cátedra como na imprensa e em obras magnificas, não ocultava, antes proclamava decidida simpatia pela tese do direito de resistência aos tiranos, aos déspotas e aos maus governos em geral, e sua pregação agremiava incontável número de entusiastas, não só entre os discípulos como ainda no grande círculo dos intelectuais desiludidos com os donos da República. Foi a época das quarteladas, mas também o período de manifestações imorredouras de independência e idealismo de professôres e estudantes, irmanados na campanha de reforma eleitoral com a implantação do voto secreto.

Pondo em prática a doutrina que espalhavam, os estudantes do meu tempo, após disputas acérrimas e prolongadas, das quais raros dêles deixaram de participar direta e apaixonadamente, aprovaram nosso projeto que instituía o voto secreto nas eleições do Centro Acadêmico XI de Agôsto, ato que marcaria uma etapa e exemplo que iria repercutir em tôdas as camadas da sociedade e reproduzir-se nas mais diversas agremiações do país.

Concomitantemente, numerosos estudantes, de parceria com poetas e jornalistas, organizavam-se em partido político, o Partido da Mocidade, que fixou bases em vários recantos do país e iria despertar as mais puras fontes da intelectualidade paulista a empreender a criação do Partido Democrático, de ampla e crescente aceitação nacional, e a que deram inconfundível relêvo FRANCISCO MORATO, GAMA CERQUEIRA, REINALDO PORCHAT, JOÃO e BRAZ ARRUDA, JOSÉ ULPIANO, CARDOSO DE MELO NETO, VICENTE RAU, OCTAVIO MENDES, WALDEMAR FERREIRA, MÁRIO MASAGÃO, ERNESTO LEME, PINTO PEREIRA, para mencionarem-se apenas, dos seus grandes vultos, os que pontificavam nesta casa.

Da incompreensão e teimosia governamental, expressas em acintosos e desnecessários atos de estrangulamento a qualquer preço do movimento de elevação dos costumes e processos eleitorais, que o jovem e valente partido encetara com ruidosos aplausos em todos os ângulos do país,

resultou, quase sem maior esforço, como resposta a uma necessidade, a formação do ambiente revolucionário que das casernas e escolas se estenderia a tôdas as camadas da família brasileira.

A revolução, que veio, se com facilidade triunfou, com mais facilidade ainda, para desaponto dos seus idealizadores, traíu os sagrados compromissos. E de novo o velho Convento de São Francisco voltou a conspirar em defesa das liberdades e, como um só homem, mestres e discípulos, compreendidos na unanimidade dos paulistas, lançaram à ditadura o grito de guerra. Todos lutaram e muitos tombaram por dias melhores, que desgraçadamente foram curtos.

Ainda sangravam as feridas e se banhavam os espíritos na doce ilusão de que os sacrifícios não teriam sido baldados quando a nação, estuporada, recebe desprevenida e indefesa o golpe fascista, que desterra os fortes, algema os bravos, sufoca as inteligências, pisoteia os desarmados, esmaga os direitos dos cidadãos. À cátedra, na Academia, se impõe o silêncio e quem falou ou ameaçou falar dela foi afastado como elemento perigoso; no interior dos seus muros se agasalhavam, ocultos, espias do caudilho. Nesse regime, de humilhações e violências, a que ninguém escapou, retornou o velho Convento ao seu papel, a que está predestinado, de centro de irradiação das esperanças dos homens livres, e, quando uma tarde a sua mocidade veio à rua exhibir seus peitos à metralha da polícia apavorada, os dias da Ditadura estariam definitivamente contados.

Cento e trinta e quatro anos completa hoje a Academia. No cumprimento de sua função, como escola e laboratório, esparramou as ciências e as artes, enobreceu e difundiu o direito, a que deu desenvolvimento e sistema, formou sábios e criou poetas, fêz-se celeiro permanente de civismo e de estadistas. Sua história é a da nação, a que serviu com dedicação sôbre-humana e altaneria de quem se aprimora e se engrandece servindo pela glória

de servir. Sua história não tem hiatos, é um trabalhar sem fim, mas que não se repete, porque em contínuo movimento para as metas do futuro, e que não cança, porque às gerações, que passam, com o mesmo espírito se sucedem as gerações que ficam.

Sua história, vímo-la em rápidos traços, confirma as razões dos seus fundadores, de que fôra impossível sem a Academia a existência de um Brasil livre e independente. Deve-lhe a nação, à consciência cívica dos professores e discípulos, em vigilância insistente, a segurança das fronteiras das liberdades humanas, ininterruptamente ameaçadas e cada vez mais ameaçadas.

Na manhã de hoje, de festa acadêmica, na alegria gostosa de venerar-se a tradição, é esta mesma, entretanto, como se aprende das lições dos fatos que transmite, que nos pede atenção para os fatos que estão por vir e nos alerta contra as tocaias que precipitam os acontecimentos.

A disputa sem tréguas entre as duas concepções de vida, a guerra fria, ou psicológica, ou que nome se lhe dê, se desenrola célere conforme os planos preestabelecidos, sem recessos, nem recuos, projetando-se em todos os quadrantes do universo, em cada trecho da terra alcançando as atividades tôdas, tôdas as coisas e os homens todos, por todos os processos e em todos os aspectos. Disputa-se sôbre Berlim, e em revide transforma-se Cuba num arsenal de foguetes; defrontam-se duas Chinas e ambas se igualam na matança de chineses; no Oriente Médio arma-se o neutralismo de instrumentos de morte da mais variada procedência, na expectativa de por êles impor, no aceso da guerra, a política dos neutros; as colônias, no continente negro, tão logo se rebelam e se livram do jugo aviltante e deshumano, caem inermes nas malhas das intrigas e seus homens se entredevoram; em todos os Estados, desde a França, de CARLOS MAGNO, ao mais ignorado país asiático, há sempre oculto, para a punhalada fatal no momento propício nos defensores de suas liberdades, um exército de embuçados.

Da velha civilização, que recitava HOMERO e OvíDIO, sabia FAUSTO de cor e discutia SHAKESPEARE, acompanhava DANTE ao Inferno e se gabava de ter relido os Cavaleiros da Távola Redonda, sonhava com CERVANTES e ria com RABELAIS, gastava noites ouvindo WAGNER e outras descançava na suavidade da Casa das Três Meninas, confrontava ARISTÓTELES com KANT, mas preferia SPENCER ou SANTO TOMAZ, da velha civilização, que admirava NAPOLEÃO mas se enamorava de SÃO FRANCISCO DE ASSIS, que criara o burguês e o conforto, mas instituíra o Estado de direito, constitucionalizando-o, erigindo-o em instituição jurídica a serviço dos cidadãos; da velha civilização apenas restam os sábios, cada vez mais sábios, acorrentados agora à técnica, que reduz o tempo e o espaço, empana o sol e incendeia o gelo polar, inverte a lei da gravidade e desmonta o eixo da terra, transplanta para a máquina a inteligência do homem e parafusa no cérebro humano o transmissor das ondas da destruição. Apresta-se a hora de chegar-se à lua, em viagem de turismo ao pico de São Jorge; ou de alçarem-se satélites em volta das estrêlas, para apanhar raios eternos, que substituam a caduca eletricidade ou a já superada energia atômica; ou de gerar-se a criatura humana nas retortas dos laboratórios, produto industrial de inocente fabricação em série.

Super-civilização, talvez. Mas super-civilização da engrenagem e dos números, para a qual os homens, em nome de uma igualdade aritmética, na homogeneidade mais absoluta que a abstração alcança, são números constitutivos das massas; super-civilização que ao simples toque do dedo em botão misterioso transporta montanhas e separa as águas do mar, mas também movimenta as vontades materializadas, tais sonâmbulos, e as faz protestar ou aplaudir, avançar ou recuar, morrer ou matar; super-civilização em que o amor é tão só necessidade de gerar, consciência a arte de fingir, pátria a terra submetida, Deus sinônimo da mentira; super-civilização que aos ricos se amedronta com a revolta dos pobres, aos pobres se fomenta a revolta contra os ricos, e a uns e outros se

inocula o desprezo aos homens de inteligência, porque se não amedrontam nem com os ricos, nem com os pobres; em que as riquezas se produzem em escala de progressão sem precedentes, mas a vida se torna cada vez mais árdua e desassossegada e a miséria não se elimina, antes cresce; em que a pedintes de trabalho se entregam metralhadoras e aos famintos de pão se mata a fome com o veneno do ódio.

Essa a advertência amarga e apreensiva dos manes tutelares da Academia, nesta manhã comemorativa da tradição. Tem o calor de uma ordem de sobreaviso a professôres e alunos, ainda e sempre, como há cento e trinta e quatro anos, sentinelas avançadas das liberdades humanas e da independência nacional.

O alerta nos exige, em primeiro lugar, tomar consciência dos fatos e mais, ainda, atitudes desassombradas na defesa das tradições mais caras da gente brasileira, dos sentimentos de honra e de humanidade cristã, que a caracterizam e dos propósitos de ordem e progresso que são seus emblemas, dentro da mais harmoniosa e leal convivência com todos os povos da terra. Mas, de imediato, e como consequência, nos impõe exame profundo, desinteressado e sincero dos problemas tormentosos do momento, muito especialmente a complexa e aterrorizante questão social, que aos demais envolve, e de cuja feliz solução será possível eliminar a guerra fria, que enlouquece os homens e os povos, dando-lhes semelhança às feras.

Na impressionante e oportuniíssima encíclica "*Mater et Magistra*", aflito conclâma-nos o Papa para o mesmo trabalho e em Punta del Este, em convenção das nações americanas, num derradeiro esfôrço, procura-se dar-lhe sentido prático e soluções adequadas. Ali se apontam aos professôres e discípulos os rumos cristãos, cuja doutrina tem por ponto principal constituirem os homens, um por um, "o fundamento, a causa e o fim de tôdas as instituições sociais"; aqui, com a finalidade de estabelecer-se

duradoiramente uma “Aliança para o Progresso”, guiada pelos mesmos rumos, se convocam os Estados membros da OEA “para demonstrar ao mundo que a liberdade e o progresso marcham juntos”.

A encíclica de João XXIII, que é tóda coragem e amor fraterno, fala aos mestres a palavra de ordem: “Contudo não basta expôr os preceitos sociais, mas é preciso aplicá-los de fato”. E aos alunos, à recomendação de que estudem muito a doutrina e sôbre ela reflitam, ordena-lhes que a pratiquem: “não aconteça pensarem que basta ter em mente as prescrições ensinadas, e não serem igualmente postas em prática”.

No congresso da Organização dos Estados Americanos, o representante dos Estados Unidos, tomando a iniciativa da proposta daquela Aliança, cujos princípios expõe com singeleza e espírito de realização, formula veemente apêlo à ação imediata e enérgica dos Estados convencionais: “Determinêmo-nos a preparar, tão ràpidamente quanto seja possível, programas de desenvolvimento nacional amplos e de longo alcance, seguindo, entretanto, adiante e a tóda velocidade, com projetos e medidas urgentes de desenvolvimento, que estão prontos para a sua consideração. Robusteçamos grandemente nossa maquinária interamericana para o progresso econômico e social, pondo nossos melhores talentos a serviço do desenvolvimento”. E as nações americanas, à frente das quais a nossa terra, solidarizaram-se, tudo indica, no plano grandioso e indispensável de construção das possibilidades morais e materiais de um futuro mais em consonância com a natureza humana, em que ao suor e lágrimas, a que estão os homens votados, se conjugue um pouco de confôrto, embalado por um pouco de amor, de fé e de esperança na maravilha da criação.

Associado ao pensamento da Igreja e aos propósitos dos Estados Americanos, ousamos, senhores, dirigir à augusta Congregação requerimento de citação dos professores e discípulos, desta gloriosa Academia e das mais

escolas do país, dos intellectuais de todos os setôres, sem distinção de credos ou seitas, filosofias ou tendências políticas, para uma obra semelhante a que propõe João XXIII, tôda feita de desprendimento e patriotismo, para que as liberdades humanas continuem.

Será, meus senhores, a mais bela homenagem aos manes tutelares da nossa Academia.

## Herança jacente\*.

*Braz de Sousa Arruda*

Catedrático de Direito Internacional Público na  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Em outra oportunidade tive a honra de me dirigir ao Egrégio Conselho Universitário, a fim de expor a condição jurídica das heranças jacentes e os importantes efeitos da sentença declaratória de vacância, sobretudo para a Faculdade de Direito.

Este tema, que tem íntima relação com o desenvolvimento do ensino, nunca se afastou do meu espírito. Enquanto meditava maduramente sobre êle, fazendo um estudo cuidadoso do nosso sistema legal, procurava também agir junto às autoridades federais, especialmente junto ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, envidando os melhores esforços no sentido de obter uma solução satisfatória de nossas justas pretensões. A despeito das demarches administrativas junto ao Govêrno Federal, nada alcançamos e cheguei à conclusão de que deveria trazer o tema novamente a debate perante êste ilustre Conselho, a fim de pleitear uma manifestação dêste Órgão soberano da Universidade e definir a orientação a ser tomada em face do assunto.

Rogo, portanto, que tenhais para conosco tanta benevolência em ouvir-nos quanto reclamam a importância do problema e as exigências de uma solução prática e eminente.

---

\*. Parecer apresentado ao Conselho Universitário da Universidade de São Paulo.

I

O problema da herança jacente.

1. Falecendo alguém, abre-se a sucessão, transmitindo-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, o domínio e a posse da herança (Cod. Civ. art. 1572). Pode ocorrer, porém, que o decujo não tenha deixado testamento, nem herdeiro conhecido, sucessível segundo a ordem legal de vocação hereditária. Neste caso a herança *jaz* durante algum tempo, até que seja decidido seu destino. Chama-se *jacente* a herança, cujos beneficiários ainda não são conhecidos<sup>1</sup>. Arrecadados os bens e postos sob a guarda de um curador, serão êles declarados vacantes se, praticadas tôdas as diligências, não aparecerem herdeiros. Esta declaração não se fará senão um ano depois de concluído o inventário (Cod. Civ. art. 1593). Mas decorridos cinco anos da abertura da sucessão, a herança, declarada vacante, passará ao domínio da Fazenda.

2. Isto significa, como observou LACERDA DE ALMEIDA, que “o estado de jacência é por natureza transitório e limitado. A derelição em que se acha a herança termina com a devolução desta aos herdeiros devidamente habilitados, ou caso não apareçam e se habilitem, com a sentença declaratória da vacância e conseqüente incorporação dos bens ao patrimônio do Estado. A vacância é, pois, quase sempre o estado definitivo da herança que foi jacente”.<sup>2</sup> Esta lição já era ensinada por FABER:

“Jacens hereditas dicitur, quae heredem nondum habet, sed habere sperat; vacans vero quae nec habet nec habere sperat”.<sup>3</sup>

---

1. Cf. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Interpretado*, XXII, p. 194; ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Direito das Sucessões*, vol. I, § 131; BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, vol. VI, p. 40.

2. LACERDA DE ALMEIDA, *Sucessões*, § 19, p. 113.

3. *Codex Fabrianus*, Lugduni, MDCX, II, Lib. VI, tit. XII, *definitio* XV, nota 2.

Dusi também distinguiu com tôda clareza: “Giacente è, secondo noi, quell eredità che, pur non essendo ancora adita, ha però la speranza di trovare un erede che la raccolga; vacante invece è quella che non avendo questa speranza à devoluta allo Stato”<sup>4</sup>. A herança, pois, deve ter um destino: ou se transmite aos herdeiros ou sucessores, ou é devolvida à Fazenda Pública. Em ambos os casos desaparece a jacência. No primeiro pela recepção da herança pelos herdeiros ou sucessores legalmente habilitados; no segundo pela devolução à Fazenda Pública, em cujo patrimônio fica incorporada.

## II

### Evolução histórica do instituto.

3. Na evolução histórica do instituto nunca se duvidou que a herança vacante é devolvida ao Estado. Já assim o era em direito romano:

*Dig. 49.14.1. § 2: Divus Pius Coelio Amarantho ita rescripsit, vacantium bonorum nuntiationem quadrienio finiri, idque tempus ex die, quo certum esse coepit, neque heredem, neque bonorum possessorem extare, computari oportere.*

Segundo êsse fragmento, a denúncia de bens vacantes se extingue em quatro anos, a começar do dia em que se certificou não haver herdeiro, nem possuidor dos bens. Em outro lugar do *Corpus Juris Civilis* também se diz:

*Cod. 10.10.4: Vacante mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.*

---

4. DUSI, *La Eredità Giacente*, 1891, p. 192.

Esse passo mostra que os Imperadores HONORIO e TEODOSIO determinaram que fôsem transferidos ao Fisco os bens vacantes dos falecidos tôda vez que o interessado não tivesse deixado nenhum herdeiro legítimo por vínculo do sangue ou da lei.

4. Êstes princípios passaram para o antigo direito português. Nas Ordenações Filipinas se estabeleceu:

*Liv. I, tit. XC, 1*: “E finando-se alguma pessoa, que não tenha herdeiro algum, que sua herança deva haver, ou que a não queira aceitar, nem molher, que sua herança queira haver segundo nossa Ordenação, em tal caso o Juiz dos Orfãos o fará logo saber ao Mamposteiro Mor dos Captivos dessa Comarca, aos quaes temos feito mercê de taes heranças”.

Esta regra passa então para o direito nacional até que fôsse baixado o Regulamento n.º 160 de 9 de maio de 1842, cujo art. 3, n.º 2, declarou bens vagos, que se devolvem à Fazenda Nacional, aquêles cujo dono morreu sem deixar parentes até o décimo grau, contado segundo o direito civil, não tendo feito testamento; ou morrendo com testamento ou sem êle, os herdeiros repudiaram a herança. Durante a época imperial, êsse foi o direito aplicado no Brasil.

5. Fundada a República, introduz-se no Brasil o regime federativo, vindo os Estados a substituir as unidades territoriais das antigas Províncias. Elabora-se então o Código Civil, cujo art. 1619 dispôs:

“Não sobrevivendo cônjuge, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a he-

---

3. Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Cíveis*, art. 959, § 5, nota 6; PERDIGÃO MALHEIROS, *Manual do Procurador da Fazenda Nacional*, Rio, 1873, apêndice, p. 159.

rança, *esta se devolve ao Estado*, ou ao Distrito Federal, se o de cujus tiver sido domiciliado nas respectivas circunscrições, *ou á União, se tiver sido domiciliado em território ainda não constituído em Estado*”.

Esta disposição legal merece ser posta em confronto com o direito anterior. No Império, a devolução dos bens vacantes se operava em favor da Fazenda Nacional; sob o regime do Código Civil, promulgado na República, em benefício do Estado, só ocorrendo a vocação hereditária da União se o falecido tiver sido domiciliado em território ainda não constituído em Estado. Justificava-se o direito, vigorante no Império, porque êste *centralizara* política e administrativamente o país. Mas instituído o regime federativo, era preciso elaborar um Código Civil, em perfeita consonância com os princípios. E assim se fez. O Código Civil devolve os bens vacantes em benefício do Estado, não mais da Fazenda Nacional.

6. Êste regime perdurou até a aventura política de 1937, sob cuja Carta Constitucional foi baixado o decreto lei n.º 1907, que dispôs sôbre as heranças jacentes, revogou o Código Civil e estabeleceu a centralização, isto é, a devolução da herança vacante em favor da Fazenda Nacional. Mas em 1945 o Brasil despertou novamente para a legalidade constitucional. E a 22 de novembro dêsse ano foi baixado o decreto lei n.º 8207, que restabeleceu, com pequenas modificações, os princípios do Código Civil e introduziu direito novo da mais alta relevância. Aí, no art. 3, declarou:

“Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União, o Estado, ou o Distrito Federal ficam obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário e o Ministério Público respectivo velará por essa aplicação”.

Posto êste artigo em harmonia com o art. 1594 do Código Civil, já com a nova redação dada pelo decreto lei n.º 8207, art. 1, bem se vê que a herança vacante se devolve ao Estado ou ao Distrito Federal, onde o decujus estava domiciliado ao morrer, e por último à União, se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado.

### III

#### Aplicação do direito vigente.

7. Sendo êsse o direito vigente, que se deve fazer? Da lição que vem de ser exposta se observa que, a partir de 22 de novembro de 1945, a herança vacante se devolve ao Estado, onde o decujus teve seu último domicílio. Nem a União pode arrecadar bens, que são do domínio dos Estados, nem deve reter os que arrecadou em manifesta violação ao decreto lei n.º 8207. Se a União Federal viola êsse diploma legal, pratica ato nulo e deverá ser compelida judicialmente a entregar o que retém indevidamente. Nosso ponto de vista se funda, portanto, no respeito absoluto à lei.

8. A importante inovação, introduzida no decreto lei n. 8207, foi estabelecer a destinação dos bens vacantes. Enquanto, nos termos do art. 1619 do Código Civil, o Estado, arrecadando os bens vacantes, podia destiná-los livremente, porque passavam, sem restrições, para o seu patrimônio, — sob o regime do decreto lei n.º 8207 o produto dêles deve ser empregado no “*desenvolvimento do ensino universitário*” (art. 3).

### IV

#### Outros povos fizeram o mesmo.

O legislador é livre no direito de dispor a quem toca a herança vacante. Pode incorporá-la, pura e simples-

mente, no patrimônio do Estado. Assim fizeram os Códigos de Portugal (art. 1969, § 6), do Urugai (art. 1034), do Chile (art. 995) e da Suíça (art. 466). Outros, porém, preferiram dar, desde logo, a destinação. O Código Civil do México dispõe:

“Art. 3643: Faltando las personas de que hablan los dos articulos anteriores, el capital quedará destinado generalmente à la beneficencia pública”.

O Código Espanhol estabeleceu, no art. 956, uma solução conciliatória, destinando os bens aos estabelecimentos de beneficência municipal e às escolas gratuitas do domicilio do falecido. Esse artigo está assim escrito:

“A falta de personas, que tengan derecho a herdar conforme a lo dispuesto en las procedentes secciones, herderá el Estado, destinando-se los bienes a los establecimientos de beneficencia e instruccion gratuita (art. 956)”.

10. O Brasil poderia optar livremente entre qualquer desses sistemas ou escolher um próprio. Preferiu esta última solução. Ao Estado cabe realizar obras de beneficência. Também os particulares concorrem com o Poder Público na realização desse nobre fim. Todavia, uma coisa há maior do que se estender a mão à caridade. É formar a juventude, dando-lhe cultura, instrução, bases para a sua formação moral e cultural. Como o ensino se desenvolve em três graus, preferiu o legislador brasileiro empregar o produto dos bens de herança vacante em fundações de estabelecimentos de ensino universitário. É na Universidade que se forma a elite, que honrará as cátedras, servirá nos parlamentos, ao bem comum e onde se cumprirá o destino de cada geração. Bem avisadamente andou, pois, o legislador brasileiro.

V

As Fundações da Universidade de São Paulo.

O ensino universitário, principalmente no mundo moderno, depende da condição em que vive o estudante. Para ampará-lo moral e fisicamente, as universidades estabelecem numerosas e acauteladoras medidas, porque, com elas, ficam asseguradas a eficiência do ensino e a formação do Homem. E, para a definição de rumos nesse sentido, a Constituição brasileira estabeleceu no seu:

“Art. 172: Cada sistema de ensino terá *obrigatoriamente* serviços de assistência educacional, que assegurem aos alunos necessitados, *condições de eficiência escolar*”.

Nas várias universidades americanas e européias, com a convicção de que a eficiência escolar depende imediatamente da assistência que se dá ao estudante, criaram-se inúmeras fundações ou instituições com essa finalidade, como se pode verificar na “Assistenza Universitaria” da tradicional Universidade de Nápoles, nos deveres “Heim” das universidades nórdicas, ou na Universidade de Paris, cuja cidade universitária conta hoje, em pleno funcionamento, com dezenove fundações.

Na atualidade, nos países assolados pela guerra, acentuou-se a preocupação de se socorrer, nos centros universitários, à mocidade desnutrida. O *aluno mal nutrido é um mau aluno*. “O estudante”, diz ARNOLD “precisa aprender a alimentar-se para aprender a digerir o que dizem os mestres”. Num interessante estudo que fêz, com MARY BOWMAN, — escreve: — “This was for a long time a hunger-fighting rather than a nutrition program, and eve now its educational pontentialities are largely undeveloped”.

No Brasil, o problema da nutrição é problema nacional. Os estudos feitos nas populações rurais e urbanas entre os operários dos campos e cidades, estudantes das capitais e

do interior, revelam a necessidade indeclinável de uma intensa campanha de recuperação dos desnutridos. Já AFRÂNIO PEIXOTO assinalava que, no Brasil, antes de tudo, é necessário ensinar o brasileiro a comer.

A Universidade, na compreensão exata do seu significado e de sua missão, é um lar onde se reúne o que há de melhor da juventude de um povo. Como centro de interesses superiores, atrai para seu recinto, aquêles que, em sua mocidade, demonstram a maior vocação para o estudo. Cumpre porém verificar e acentuar que vocação não é capacidade e a capacidade só se forma por um tratamento especial do estudante.

Entre as fundações que se planejam tendentes a formar e manter institutos de alta cultura e aperfeiçoamento do ensino universitário, e já em vias de execução, dentro da Universidade de São Paulo, está o "*Instituto de Amparo Alimentar ao Estudante*", verdadeira *mensa*, destinado, ao mesmo tempo, a:

- fazer estudos e pesquisas alimentares;
- preparar assistentes de nutrição escolar;
- ministrar ensino sôbre educação alimentar.

Com essas três finalidades, de imediata e fecunda consequência no ensino universitário, pretende a Universidade de São Paulo dar mais um passo em benefício de sua alta finalidade social e cultural.

O decreto n.º 8207, de 22 de novembro de 1945 estabelece, no seu art. 3.º:

“Adquirindo o domínio dos bens arrecadados, a União e o Estado ficam obrigado a aplicá-los no desenvolvimento do ensino universitário e o Ministério Público respectivo velará pela sua aplicação”.

O digno Quarto Curador de Ausentes do Distrito Federal, em todos os casos de herança vacante, tem reque-

rido sejam êsses bens incorporados ao domínio do Distrito Federal para serem aplicados *em fundações* destinadas ao desenvolvimento do ensino universitário.

É o que deseja a Universidade de São Paulo reivindicar, para que possa, na forma da lei, empregar as importâncias a que tem direito, em fundações, como a de amparo alimentar ao estudante, que visa, substancialmente, o desenvolvimento e a melhoria do ensino universitário.

Para isso, torna-se necessário que a autoridade competente, à semelhança do que fêz no Distrito Federal a Curadoria de Ausentes, reclame as importâncias que pertencem ao Estado de São Paulo e as que foram indevidamente arrecadadas pela União. O Estado assim cumpre o seu dever, porque a êle compete arrecadar e dar destino ao que fôr arrecadado. Nem pode ~~deixar de~~ arrecadar, porque viola a lei. Não pode alterar o destino do arrecadado, porque trai a sua missão de realizar o direito. Que fazer para que, diante das possíveis irregularidades, possa a Universidade entrar na posse do que é seu?

## VI

### Sugestão e conclusão.

Pelo exposto, julgamos de bom aviso representar ao Exmo. Sr. Governador do Estado, no sentido de determinar as providências cabíveis no caso, entre as quais, pedimos licença para indicar como de grande importância:

- 1 — verificar, pelos órgãos competentes, quais as heranças vacantes já incorporadas à União Federal, a partir de 22 de novembro de 1945 e que montam para bem mais de cem milhões de cruzeiros;
- 2 — notificar a União Federal a devolver os bens ou o produto dos bens, que ela arrecadou, mas que *pertencem ao Estado de São Paulo*;

- 3 — no caso de não ser atendida a notificação, propor contra a União Federal a competente ação;
- 4 — uma vez obtidos os fundos reclamados, destiná-los, na forma do citado decreto lei n.º 8207, às fundações de ensino universitário, a se constituir, entre as quais se acha, em primeira plana, o *Instituto de Amparo Alimentar ao Estudante*.

Tal a moção que temos a honra de submeter à alta consideração do Colendo Conselho Universitário de São Paulo.

## As carreiras jurídicas no Estado de S. Paulo\*.

A. Almeida Júnior

Catedrático de Medicina Legal da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

“TROPPI AVVOCATI!” — é o título do pequeno livro de PIERO CALAMANDREI, publicado em 1920, no qual o conhecido processualista da Universidade de Florença, depois de afirmar a plethora de advogados na Itália de antes da primeira guerra, aponta os males resultantes daquele fenómeno. Os advogados de então, na Península, distribuíam-se, segundo CALAMANDREI, em dois grupos; uma escassa minoria formada pelos “que trabalham muito e ganham muito”, e uma imensa maioria constituída pelos que, “não havendo logrado emergir da mediocridade”, labutam desesperadamente “para matar a fome”. E o autor adverte: “A existência dêsse proletariado forense, que piora de ano em ano graças ao aumento de seu efetivo, como um rio em enchente e cujas águas tanto mais se turvam quanto mais se avolumam, é a causa infeliz de todos os males da profissão”. No elenco de tais males (diz êle) sobressaem “a deterioração moral da advocacia” e a sua “decadência intelectual”, pois a plethora, se de um lado “estimula a litigiosidade e a má fé judicial”, de outro constitui impulso para substituir o manuseio dos livros pela prática da chicana.

A que nível teria subido por aquêle tempo, na Itália, a plethora denunciada por CALAMANDREI? Êle mesmo o res-

---

\*. Boletim n.º 2 do Grupo de Trabalho instituído pelo Governador Carvalho Pinto para o fim de estudar as condições do ensino superior paulista, e cujo presidente é o autor do relatório acima.

ponde, apoiado em dados comparativos, que menciona. Eis o índice de então, ou seja o número de advogados por cem mil habitantes de quatro países de organizações judiciárias muito próximas entre si: Austria, 18; Alemanha, 18; França, 26; Itália, 59. “A primasia dos italianos (conclui o autor) é aqui, infelizmente, manifesta”.

### Novos tempos, novos padrões.

De lá para cá transcorreu quase meio século e, nesse interregno, duas trágicas conflagrações produziram na vida civilisada mudanças extensas e profundas, de caráter político, social e econômico. Devemos procurar, portanto, para padrões de referência, estatísticas mais recentes. Essas estatísticas, fomos encontrá-las em dois países altamente representativos como amostras daquelas mudanças: a França e os Estados Unidos, cujos dados nos foram obtidos, respectivamente, pelo ministro PAULO CARNEIRO, nosso delegado junto à Unesco, e pelo Consulado Geral norte-americano de São Paulo.

Na França o número de advogados (inclusive os estagiários), e os respectivos índices por cem mil habitantes, têm sido ultimamente os seguintes:

1945	—	6.472	advog.	ou	16,3	p.	100	mil	hab.
1950	—	7.440	—	—	18,0	—	—	—	—
1956	—	6.785	—	—	15,7	—	—	—	—
1958	—	6.933	—	—	15,6	—	—	—	—

E o “Bureau” Universitário Estatístico de Paris, ao fornecer os dados acima, acrescenta êste reparo: “A Associação Nacional supõe que os efetivos permanecerão estacionários no decurso dos próximos anos, a não ser que as associações de advogados e sobretudo o desenvolvimento de especializações criem novas necessidades.”

Mas vamos aos Estados Unidos, onde os efeitos do desenvolvimento e das especializações já se fizeram sentir

com intensidade. Ali, a proporção de advogados, bastante elevada desde o século XIX (elevada segundo os padrões europeus), tem crescido quase sem interrupção. Eis os seus efetivos e respectivos índices em três anos distintos:

1920	—	122,517	advog.	ou	115	p.	100	mil	hab.
1950	—	181.216		—	—	120		—	—
1957	—	235.783		—	—	136		—	—

Importa observar, entretanto, que os dados acima, referentes aos Estados Unidos, englobam todos os juristas, inclusive os inativos e também, em duplicata, os que, dentro da carreira, exercem dois encargos distintos. Feitas as deduções correspondentes a essas parcelas, o total de 1957 desce para 223.662 juristas, com a seguinte distribuição percentual, em números redondos:

Advocacia liberal .	.	77%
Advocacia de partido . .		9%
Poder judiciário .		4%
Servidores públicos		10%

Isto nos leva a concluir que em 1957 havia nos Estados Unidos cerca de 192.500 advogados, dos quais 175.200, aproximadamente, exerciam a advocacia liberal (a grande maioria em escritórios individuais, os demais reunidos em sociedade). Os restantes 17.400 trabalhavam por conta exclusiva de emprêsas industriais, de instituições educacionais ou de outras entidades privadas. Sabendo-se que a população norte-americana, em 1957, fôra calculada em 171.229.000 habitantes, infere-se que o índice de advogados daquele país, no referido ano, foi, em números redondos, de 112 por cem mil habitantes. E, em contraste com a França, que em 1958 se julgava satisfeita com um índice sete vêzes menor, os Estados Unidos entendem, segundo alguns, que, “em virtude da progressiva complexidade da ordem econômica e social”, a demanda de serviços advocatícios tende a elevar-se (“Education for the Professions” — “Office of Education”, Washington, 1955). Um dos fa-

tôres dessa tendência, é a diversidade do direito substantivo entre os quarenta e oito Estados federados, fato que obriga o advogado a especializar-se ou a trabalhar integrando-se numa equipe. Por êsse e por outros motivos, “parece duvidoso que se possa afirmar que nos Estados Unidos há excesso de advogados” — escreveu HAROLD LASKI. Mas acrescentou, com base em inquérito de 1938, que êsses profissionais, ali, ganham pouco. (“The American Democracy”, 1949, pág. 574). Nossos informes sôbre o assunto, mais recentes que os de LASKI, contam que em 1950 a situação era a seguinte: 3,5% dos advogados classificavam-se como vivendo em penúria, pois ganhavam por ano menos de 1.000 dólares; 5,4% tinham rendimento considerado “estrito”, entre mil e dois mil dólares anuais; e assim por diante, até os 28,1% que, percebendo mais de dez mil dólares por ano, eram postos na categoria dos “abastados”. A renda mediana dos advogados, no referido ano, foi de 6.257 dólares, superada, na classe dos profissionais liberais, sômente pela renda dos médicos, que atingiu a 8.115 dólares. Tais informes constam do volumoso trabalho do Prof. DONALD BOGUE, “The Population of the United States”, 1959, pág. 545. Mas, sôbre a fidedignidade das declarações de renda, pode haver sempre dúvidas.

Em resumo, para sopesar melhor a situação paulista (só paulista, porque no tocante ao Brasil em geral nossos dados são incompletos), temos diante de nós dois quadros mais ou menos atuais:

- 1.º) o da França — país densamente povoado, de índice elevado de população ativa, agrícola ou industrial, culto e amplamente escolarizado, regido em tôda a sua extensão por um direito uniforme — com um índice de advogados igual a 15,6 por cem mil habitantes;
- 2.º) o dos Estados Unidos — país que difere da França pela menor densidade demográfica, pelo ímpeto maior no desenvolvi-

mento e pela heterogeneidade do direito que regula a vida interna de cada unidade federada, com um índice igual a 112 advogados por cem mil habitantes.

Isto pôsto, passemos ao caso do Estado de São Paulo.

### **As carreiras jurídicas no Estado de São Paulo.**

Segundo a legislação vigente, qualquer cidadão brasileiro formado em faculdade de direito do país (ou mesmo em faculdade estrangeira, desde que revalide o seu diploma) pode candidatar-se em São Paulo a todos os cargos ou carreiras para cujo exercício se requer aquela formação. Isto porque os diplomas de escola superior, em nosso país, têm validade nacional. Em certos casos exige-se concurso de provas: para juiz de direito ou promotor público; para advogado do Estado ou delegado de polícia. Todavia, do bacharel que pretenda apenas advogar, nada é exigido a não ser a inscrição no quadro da respectiva Ordem, secção de São Paulo.

Em 1960 assim se distribuía no Estado os titulares de cargos cujo provimento inicial se faz por concurso de provas: Magistrados, 364; membros do Ministério Público, 282; Advogados do Estado, 400; Delegados de Polícia, 594. Total: 1940. Não incluímos na relação vinte cargos de Juizes de Direito, quarenta de Advogados do Estado e sessenta e seis de Delegados de Polícia, criados recentemente mas ainda não providos.

Quanto aos advogados inscritos na qualidade de profissionais liberais, seu número não tem limites e vem crescendo de ano em ano. Eram 7.583 em 1957; passaram a 9.840 em 1960 — o que indica um acréscimo de 2.257 em três anos. Sabendo-se que o censo de 1960 atribuiu ao nosso Estado a população de 12.874.088 habitantes, (dos quais 3.792.496 na Capital), chega-se para São Paulo, naquele ano, ao índice de 76,4 advogados por cem mil

habitantes. Temos, pois, proporcionalmente, quase cinco vêzes mais advogados que a França e mais de 56% do índice norte-americano.

Os 9.840 advogados inscritos para o Estado distribuíam-se em proporções muito desiguais entre a Capital e o Interior: havia na Capital 7.393 advogados, ou 75,17% do total, embora o respectivo Município, segundo o recenseamento de 1960, tenha sòmente 29,45% da população total do Estado. Para o Interior, que possui os restantes 70,55% da população, sobraram 2.447 advogados, isto é, 24,45% dos inscritos na secção paulista da Ordem. Repetindo êsses dados e pormenorizando um pouco a situação do Interior, eis a seguir a distribuição proporcional dos advogados pelas 174 Comarcas do Estado (entre estas não incluímos as que não foram ainda instaladas):

*Índice de advogados por cem mil habitantes*

Índice geral do Estado .....	76,4
Comarca da Capital .....	195,0
5 Comarcas de mais de 50 advogados .....	166,0
22 — de 50 a 21 advogados .....	41,1
21 — de 20 a 11 advogados .....	33,0
12 — de 10 ou 9 advogados ... ..	29,9
14 — de 8 ou 7 advogados .....	31,0
17 — de 6 ou 5 advogados ... ..	16,7
30 — de 4 ou 3 advogados ... ..	13,1
38 — de 2 ou 1 advogados .....	9,1
14 — de nenhum advogado ....	0,0

Observe-se que, à medida que se eleva o total de advogados das sucessivas Comarcas, eleva-se também (salvo ligeira discrepância) o índice dêsses profissionais por cem mil habitantes. Isto significa, como é obvio, que, guardadas as proporções, aquêle total aumenta mais rapidamente que o número de habitantes. Fenômeno análogo já foi, aliás, observado por nós em referência aos médicos (V. Boletim n.º 1). Não é, portanto, só o volume da população que influi sôbre o mencionado aumento: também a intensificação das relações sociais, a complexidade

crescente dos negócios, e o maior vulto dêsses mesmos negócios (sem falarmos no poder atrativo dos centros populosos) exercem, no caso, um papel complementar.

Certas situações especiais devem estar concorrendo no sentido de anular ou enfraquecer o poder de atração de uma ou outra Comarca. Eldorado, por exemplo, o velho centro de mineração que foi Xiririca, o qual, segundo prognóstico de 1879, conteria em si “elementos de riqueza e progresso” para um “futuro brilhante” (AZEVEDO MARQUES) — é Comarca desde 1875, mas não residia ali, em 1960, nenhum advogado. São Bento do Sapucaí, Freguezia desde 1832, Vila desde 1858, Comarca desde 1890, estava em 1960 sem advogado residente. Cachoeira Paulista, Cananéia, Patrocínio Paulista, Piedade e Piracáia — todos sede de Comarca a partir de 1892 — não tinham advogado em 1960. Em idênticas condições se achava Palmital (Comarca desde 1944), além de Franco da Rocha, General Salgado, Matão, Monte Azul Paulista, Presidente Bernardes e Regente Feijó, que são Comarcas de 1953. Delas havia quatro, entretanto, que contavam, para cada uma, com os serviços de um advogado provisionado, a saber: Palmital, Patrocínio Paulista, Piedade e São Bento do Sapucaí.<sup>1</sup>

### A pletera de advogados no Estado de São Paulo.

Tem-se dito reiteradamente que há em São Paulo pletera de advogados. Alegar o fenômeno é fácil; mas prová-lo objetivamente, não é. Houve tentativas nesse sentido em vários países, segundo CALAMANDREI, que as resume. Na verdade o êxito não foi grande, pois os resultados de tais estudos se exprimiram através de média

---

1. Dos Senhores Juizes de Direito de Comarcas recenseadas como “sem advogado” aos quais oficiamos solicitando pormenores, e alguns dos quais já responderam, seus informes serão posteriormente incluídos no texto do *Boletim*.

entre valôres destituídos de homogeneidade. Tanto que o mestre italiano, depois de referi-los, se limitou a formular êste comentário: “Nas condições atuais da profissão, a “causa forense” representa para o advogado, não mais a matéria prima normal do trabalho profissional, e sim a raridade, a guloseima esquisita, o prêmio da loteria”. Isto para a Europa Ocidental. Quanto aos Estados Unidos, as indagações ali efetuadas por HAROLD LASKI (o mentor intelectual do laborismo inglês) levaram-no a concluir pela dúvida: não se sabe se há, ou não, excesso de advogados na Federação Norte-Americana.

E no Estado de São Paulo? Aquí, vários indícios apontam no sentido da plethora, formando assim uma prova cumulativa.

Para começar, confronte-se a nossa situação com a de país de análogo tipo de cultura e de análoga formação jurídica, como é a França. O “Bureau” francês de Estatística Universitária (citado acima) adverte que o índice de advogados, naquele país, se estabilizou há muitos anos em tôrno de 16 profissionais por cem mil habitantes, ao passo que entre nós êsse índice alcança, presentemente, a proporção de 76,4 por cem mil, isto é, quase o quántuplo da proporção francesa. Será porque a França é um país já estabilizado, e São Paulo se acha por ora em fase de desenvolvimento? Duvidamos que entre duas comunidades — uma em desenvolvimento, outra já desenvolvida — seja aquela que precise de maior número de juristas.

Outro elemento probatório de valor, é o testemunho dos advogados experientes. Ao acaso dos encontros ocasionais, interrogamos algumas dezenas, entre os da Capital e os do Interior do Estado. Foram unânimes em afirmar a plethora, embora vacilantes quanto à prova. Um dêles — jurista até à raiz dos cabelos — achou fútil a pesquisa, pois “os fatos notórios” (disse, citando a lei) “independem de prova”. Diversos exprimiram sua convicção mediante porcentagens, como é de uso entre os que pretendem fortalecer as respectivas avaliações: “— Só 30%, só 20% trabalham!” Em Comarca do Interior, o profissional apon-

tado como o de maior clientela respondeu: “Aqui somos doze mas só três de fato têm serviço; só êsses três vivem da advocacia”. Outro, da Capital, mas conhecedor de certa Comarca do Interior, asseverou: — “Há ali cinco advogados que quase nada fazem e um que faz quase tudo”. Dos advogados recentes é raro ouvir declarações de otimismo comparáveis às de um dêles, formado há dois anos. Êste, que instalou escritório na Capital desde a quarta série jurídica, já se julga vencedor. “— Sempre me senti *vocacionado!*” — informou. E repetiu várias vêzes o neologismo, que tem para êle, ao que parece, magia de palavra de estímulo. São maioria, entretanto, os que verificam logo aos primeiros meses que não estavam “vocacionados” — e desistem.

As tentativas de fazer carreira por parte dos “não vocacionados”, ou o desânimo de muitos, antes mesmo de qualquer tentativa, levam grande número de jovens bacharéis a fechar para sempre os livros de direito e a cuidar de outra coisa. É interminável a lista dêstes deslocados, como escreveu em 1952 o relator dêste Boletim. Donde haver por aí (dissemos então) bacharéis lavradores, bacharéis pecuaristas, bacharéis negociantes, bacharéis gerindo fábricas, bacharéis professôres de ginásio, bacharéis banqueiros ou bancários, bacharéis corretores de praça, bacharéis escriturários de repartição, bacharéis postalistas, bacharéis no Exército ou na Fôrça Pública, bacharéis na Aviação, bacharéis nas agências de publicidade, bacharéis no teatro, no rádio, no futebol... De então para cá, graças aos informes colhidos em comemorações de formatura, novas posições ocupadas por bacharéis em direito pudemos recensear: a de televisionista, a de inspetor de ensino, a de gerente de restaurante, a de balconista de botequim, a de oficial de justiça, a de palhaço de circo (dois pelo menos; aliás excelentes!), a de caixeiro viajante, a de bibliotecário... Tôdas as profissões são dignas, desde que exercidas com honestidade: mas é anti-econômico, e por vêzes é também cruel preparar um jovem durante cinco anos para a advocacia ou a magistratura e, ao fim

do curso, dizer-lhe: — Não há serviço para você! Enrole o seu diploma e vá cuidar de outra coisa.

Dois indícios ainda, referidos por CALAMANDREI, não são desconhecidos em nosso meio: o apêlo à assistência financeira e as infrações da ética profissional. Os que aludem a êste último indício (mencionado, aliás, não somente por advogados, mas também por juizes e promores) pintam com tintas sombrias o quadro respectivo; mas entendem que nesse setor a apuração dos fatos é difícil.

### De onde vêm os advogados inscritos em São Paulo.

Com a ajuda prestimosa e eficiente da Secretaria da Ordem (secção de São Paulo), teria sido possível averiguar, caso por caso, qual o Estado de nossa Federação ou, eventualmente, qual o país estrangeiro de que proveio cada um dos advogados das Comarcas paulistas. Contudo, o interêsse dessa laboriosa investigação pareceu-nos diminuto e fora de proporção com o esforço que teríamos de solicitar. Limitâmo-nos, por isso, a registrar em seguida, a título de amostra, tão somente a proveniência dos advogados que, inscritos em 1960, se formaram fora de nosso Estado.

#### *Inscrições de 1960 — Advogados formados fora*

No Estado do Rio .....	69
— da Guanabara .....	29
— de Minas Gerais .....	18
— do Paraná .....	7
— de Alagoas .....	4
— do Ceará .....	2
— de Pernambuco .....	2
— do Maranhão, Bahia, Espírito Santo, Goiaz e Rio Grande do Sul (um em cada) .....	5
Em Madrid (Revalid. P. U. C. de S. P.) .....	1

Do total acima, a primasia cabe à Faculdade de Direito de Niterói, que por si só forneceu 68 (ou quase 50%) dos 137 advogados a que se refere o quadro acima. Vem a seguir a Faculdade do Triângulo Mineiro (Uberlândia), que contribuiu com 15 inscrições.

A propósito de tais casos, parece-nos oportuno citar aqui um trecho de relatório oficial arquivado no Ministério da Educação, referente ao funcionamento da Faculdade de Direito de Niterói durante o ano letivo de 1951, e já apreciado pelo Conselho Nacional de Educação. “Os alunos desta Faculdade (escreveu o zeloso Inspetor) residem na maioria em São Paulo, de modo que é pequeníssima a freqüência às aulas”. Êsses alunos de São Paulo (continua o relatório) “aqui só vêm para as provas parciais, exames e colação de grau”.

Últimamente, entretanto, (continuamos por nossa conta), a clientela paulista das escolas jurídicas que se satisfaz com apenas tomar exames e colar grau, não precisa mais transpor as fronteiras do Estado: aqui mesmo resolverá os seus problemas.

### **Super-produção de bacharéis.**

Em relação à respectiva população, o Estado de São Paulo está produzindo mais que o dôbro dos bacharéis que os restantes Estados brasileiros produzem; quase o dôbro dos que se formam no Brasil em conjunto; e quase o dôbro dos que se graduam nos Estados Unidos. Eis os índices apurados por nós:

#### *Número de bacharéis que se formaram*

Nos Estados Unidos	(1958)	.....	9.433 ou 5,4	p. cem mil hab.
No Brasil em conjunto	(1959)	....	3.562 ou 5,4	— — —
No Brasil sem S. Paulo	(1959)	.....	2.500 ou 4,6	— — —
Só no Estado de S. Paulo	(1959)	.....	1.062 ou 9,6	— — —

O desgaste do quadro de advogados é pequeno em São Paulo: 271 baixas nas inscrições da Ordem, em 1957, ou 3,5% dos integrantes daquele quadro, cujo total ascendia então a 7.583. Exportação para os outros Estados, não parece que exista a não ser em proporções muito modestas, compensadas largamente (ao que supomos) pela importação, que em 1960 foi de 137 advogados.

Por quê se formam assim tantos bacharéis? Para que tanta fartura de juristas? Que motivos levam certos Municípios a criar Faculdades de Direito, ou impelem o Estado e a União a subvencionar institutos particulares dessa categoria, alguns dos quais (como dissemos publicamente em 1957) proporcionam vultosos lucros aos seus proprietários? O assunto é de extraordinário interêsse para a comunidade paulista, que se defronta hoje com graves problemas de solução cara, entre os quais o da educação popular, e, ainda, o do encaminhamento das novas gerações em direção a atividades mais consentâneas com os nossos propósitos de desenvolvimento.

O primeiro fator etiológico dessa conduta, está na tradição — a tradição de preconceitos contra o trabalho manual vinda da antiguidade, e que a Idade Média fortaleceu ao equiparar os títulos universitários (especialmente os de direito) aos foros de nobreza. Uns restos do preconceito ainda persistem entre nós. Foi o que mostramos em 1944 (“Por quê a Faculdade de Direito?”), e o que HUTCHINSON verificou em 1956, através de pesquisa mais disciplinada (“Hierarquia de Prestígio das Ocupações”). A despeito de tudo quanto a realidade nos mostra, a mocidade paulista teima na corrida para os cursos jurídicos, fascinada com a miragem da ascensão social e com as perspectivas de ganho fácil. Duas outras carreiras — a Medicina e a Engenharia — vinham de longa data se emparelhando com a de jurista: mas, por um segundo fator, atuante desde o Império e agravado a partir de 1930, aquêles dois cursos

vêm sendo vencidos pelo de direito. Este segundo fator é a liberalidade com que se autoriza, no país, a abertura de novas escolas jurídicas; é a indulgência com que se convertem bacharéis recém-formados em “professôres de direito”; é a sem-cerimônia com que muitas dessas “faculdades” distribuem os seus diplomas.

### **Regime de facilidades.**

Sim: o que mais vem influido para produzir essa perniciosa inflação de bacharéis, é o regime de “facilidades” em matéria de novas escolas de direito. Nada mais simples do que obter para elas uma instalação “satisfatória” em salas de grupo escolar desocupadas durante a noite. Quanto ao corpo docente — real para o gasto, fictício para a figuração oficial — existem critérios rigorosos para a sua escolha, mas êsses critérios não funcionam; os professôres iniciais são interinos, mas nessa situação permanecem indefinidamente; a Constituição reclama concurso para as cátedras, mas a ogeriza aos concursos vence a Constituição.

E os alunos? Para o propósito de agenciá-los e conservá-los, também vigora o regime de “facilidades” — tanto em relação aos exames como no que se refere à freqüência às aulas, convertendo-se em rotina aquilo que a lei instituiu em caráter de exceção. Os pareceres e debates do Conselho Nacional de Educação desta última década, se bem que freqüentemente omissos, são mesmo assim, quando lidos nas suas linhas e entrelinhas, férteis em informes que tornam patente a gravidade da situação criada pelo regime de “facilidades” (convém insistir nesta expressão!) — regime que vem influido pejorativamente na qualidade da corporação de juristas de nosso Estado e na de todo o Brasil.

### Sugestões finais.

O Governo da República prestará, portanto, um grande serviço à Nação se decidir-se a pôr côbro à série de irregularidades que viciam presentemente o sistema nacional de ensino superior em todos os seus setôres, mas principalmente em relação ao ensino do direito.

No século passado os cursos jurídicos brasileiros, embora deficientes, exerciam papel importantíssimo como centros de convívio cultural da mocidade inteligente do país, e como instrumentos de unificação nacional. Hoje, porém, em virtude dos reclamos cada vez mais imperiosos da vida moderna, devem êles aprimorar-se no desempenho de suas tarefas específicas, isto é, na formação de profissionais do direito e na elevação da cultura jurídica. Em nossa opinião, os institutos que adotem êsse programa, que se organizem em regime compatível com êle e recrutem professôres de idoneidade indiscutível, são os únicos a merecerem autorização de funcionamento, quando a necessidade o exigir. E, no que se refere ao Estado de São Paulo, os dados coligidos neste “Boletim” demonstram claramente que não precisaremos tão cedo de novas faculdades de direito.

São Paulo, 28 de junho de 1961.

A escola positiva de direito penal e  
sua influência no Brasil\*.

*Renato Alberto T. di Dio*

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. *O positivismo na Itália.* 2. *Caracteres gerais do positivismo.*

1. De que outra forma se poderiam reconhecer os méritos do positivismo senão procurando, ao encetar um estudo sôbre a escola positiva de direito penal, estabelecer — ainda que em linhas muito gerais — as condições da realidade social em que tal doutrina surgiu e se desenvolveu?

Com efeito, talvez o mérito precípua do positivismo tenha sido o de pôr em relêvo a realidade histórica e social do fato homem. Foi, aliás, através do historicismo positivista que penetrou no pensamento moderno “a noção mais intrinsecamente histórica dos fatos humanos”<sup>1</sup>.

Nos anos que intercorreram entre 1870 e os princípios do nosso século, a Itália teve um desenvolvimento maior do que em qualquer outra fase da sua história como nação. Alcançada a sua unidade política com a tomada de Roma, concentrou-se o povo italiano na obra de organização interna, conhecendo um longo período de paz. Viu-se, assim,

---

\*. Trabalho apresentado na Cadeira de Criminologia do Prof. Basileu Garcia, no curso de doutorado, em 1960.

1. FRANCO LOMBARDI, *Nascita del mondo moderno*, Casa Editrice Arethusa, 1953, Asti, P. II, Cap. 3, p. 157.

tomarem conta do espírito dos cidadãos aquêles otimismo e aquela confiança que não se sabe se foram apenas os princípios teóricos com que o positivismo quis interpretar a história ou se constituíram também as condições psicológicas sem as quais essa filosofia não poderia ter nascido e frutificado.

Se volvermos o olhar ao passado, verificaremos que, enquanto o neohegelianismo, que lhe é posterior, tem por fundo um período de contínua beligerância da Itália — guerra da Líbia (1911-12), intervencionismo e consequente participação na primeira conflagração européia (1915-18), marcha sôbre Roma e instauração do fascismo (1922), guerra da Etiópia (1935-36), participação na guerra civil espanhola (1936-39) e guerra mundial (1940-45) — o positivismo foi a filosofia de uma sociedade nova que vinha de realizar o ambicionado sonho da sua unidade e que, tanto no setor político quanto na esfera do pensamento, se preparava para assumir o seu posto na comunidade européia.

A atmosfera espiritual do povo italiano era propícia, por conseguinte, à aceitação da doutrina positivista, que deve ser considerada como uma atitude otimista, não só porque é um reflexo filosófico do progresso científico, como também porque acredita na inelutabilidade do progresso, tanto é verdade que alguns dos seus representantes afirmam não existir o incognoscível, mas apenas o ainda não conhecido.

2. Na Itália, mais do que em qualquer outro país em que a filosofia comteana floresceu, os seus adeptos adaptaram por assim dizer as suas linhas fundamentais ao seu temperamento, à sua formação e ao seu ambiente, a expensas quase sempre de uma série de arranhões à coerência.

Proliferaram assim positivistas mais ou menos ortodoxos: freqüentes foram os casos em que, em face das consequências que repugnavam ao bom senso — qualidade que os peninsulares possuem em alto grau — o cientista

ou o estudioso preferiu retroceder a tirar ilações lógicas dos princípios adotados.

Não se pode dizer que, no caso, se trata de menor capacidade de rigor lógico. Talvez a diferença consista numa distinção de critério: enquanto outro povos, dir-se-ia o alemão, deduzem fatalmente as consequências de um princípio, criticado e aceito de início, o italiano adota como critério de verdade de uma doutrina a plausibilidade das suas conclusões. Aliás, isso equivale a repetir o que todos sabem: o alemão é mais metafísico e o italiano mais positivo.

Não há dúvida de que os positivistas italianos careceram de penetração e sensibilidade filosófica, como já observava, no começo do século, BENEDETTO CROCE<sup>2</sup>. E esse fato se explica pela circunstância de que, durante o positivismo, mais do que uma filosofia autêntica, havia um diletantismo filosófico, em virtude do qual médicos, advogados, cientistas em geral — mesmo porque não reconheciam um lugar autônomo à indagação especulativa — procuraram apoderar-se de sua tarefa, sem possuir formação e espírito crítico suficientes.

Observa com razão SPIRITO que “essi rimangono sul piano che HEGEL avrebbe chiamato del noto, senza autentici sforzi di elevarsi a quello del conosciuto”<sup>3</sup>. E permanecer nesse plano significa não elaborar criticamente os conceitos que se empregam, mas deixá-los em seu valor corrente, de tal forma que o discurso filosófico se mantém aproximado e superficial. Não só, mas a insuficiência crítica confunde-se, como é natural, com a insuficiência da consciência histórica de tais conceitos, que acabam muitas vezes sendo curiosamente elementarizados e, por isso mesmo, de certa forma, alterados.

Talvez não seja por mero acaso que o tempo do positivismo tenha sido o da política liberal-democrática. Os

---

2. BENEDETTO CROCE, *A proposito del positivismo italiano*, Critica, 1905, p. 169-172.

3. UGO SPIRITO, *Il positivismo, Classici della Pedagogia Italiana*, Coedizioni Giuntine Sansoni, Firenze, 1956.

seus princípios são acessíveis ao grande número, porque superficiais. E aquilo que o positivismo possui no fundo de verdadeiro o intui mais do que o justifica. Proclama, frequentemente com razão, o que nem sempre é capaz de alicerçar em mais profundos motivos filosóficos.

Dir-se-ia que o positivismo é a filosofia ao alcance, senão de todos, pelo menos do maior número. E isso na medida em que renuncia à profundidade, ao espírito crítico, à subtileza lógica. Nem se queira objetar que a esta logicidade não aspiravam os seus representantes, como se se tratasse de algo a que não atribuissem valor. Pelo contrário, se nem sempre foram coerentes, é porque pecavam pela falta daquela formação e informação que lhes permitisse sê-lo, não obstante os seus esforços ou a ilusão de que o eram.

Não queremos dizer com isso que a filosofia deva ser necessariamente abstrusa. Mas, pelo menos, que requer um preparo e um esforço igual ao exigido pelo conhecimento científico, que — também êle — não pode ser vulgarizado sem que ao mesmo tempo seja elementarizado e, portanto, deturpado.

Esta ausência de tradição filosófica constituiu um denominador comum de muitos positivistas, os quais, podendo não só os ramos mas também as raízes da árvore filosófica, rejuveneceram a cultura itálica.

a) Limitação aos fatos — eis o primeiro mandamento da doutrina. “O fato é divino e o princípio é humano. Neste o homem, que o fêz, pode enganar-se: aquêle se lhe impõe de forma absoluta e não pode fazer com que não seja, quando é”<sup>4</sup>.

b) A própria adesão e restrição aos fatos implica hostilidade à metafísica, quer porque os seus problemas são insubsistentes ou insolúveis, quer porque as suas explicações são transcendententes e inverificáveis.

---

4. ROBERTO ARDIGÒ, *Opere Filosofie*, Padova, Draghi, 1901, VIII, p. 67 (L'inconoscibile di Spencer).

c) Por isso, o único método possível será o indutivo. Postergado todo princípio apriorístico, as únicas fontes do conhecimento são a observação e a experiência. As generalizações e as leis devem ser consideradas como meras hipóteses destinadas a ser confirmadas ou desmentidas pelos fatos.

d) Finalmente, explicando deterministicamente a natureza, em que se inclui o homem, não há lugar para a liberdade, que, para a maioria dos positivistas, é uma ilusão. Esta conclusão, transportada ao campo moral e jurídico, constituirá o pilar que deverá sustentar o edifício da escola positiva.

## PARTE I

### A escola positiva de direito penal.

SUMÁRIO: 1. *Importância da escola positiva.* 2. *A escola clássica.* 3. *A escola positiva.* 4. *Erros e méritos da escola positiva.*

1 Em muitos setôres da cultura e, especialmente, no campo do direito, tornou-se a Itália credora perante o mundo de aplausos entusiásticos. Seria ocioso enumerar os títulos de glória nas artes, na ciência e na especulação. Mas, se nos diversos aspectos da inteligência, vez ou outra, povos vários compartilham de seus méritos, elevando-se ao mesmo nível, uma esfera do saber existe em que a Itália domina soberana: a do Direito Penal.

BECCARIA, ROMAGNOSI, CARRARA, BOVIO, LOMBROSO, GAROFALO, FERRI — eis os astros que constituem o sistema do direito criminal e ao redor dos quais giram muitos satélites, cujo brilho dependeu quase sempre da maneira pela qual souberam refletir a sua luz.

Não é outra, aliás, neste particular a convicção dos próprios italianos, como se depreende das expressivas pa-

lavras com que SPIRITO inicia a sua *Storia del Diritto Penale Italiano*:

“Uma das maiores afirmações da cultura italiana, a partir da metade do século XVIII, verificou-se no campo dos estudos de direito criminal: e os nossos maiores criminalistas — desde os representantes da escola clássica até os modernos sociólogos — sempre tiveram consciência desta primazia italiana e sempre a proclamaram. Nem o valor dos nossos estudos foi ignorado no exterior: atente-se para a revolução levada ao campo dos estudos e ao da legislação européia pelo pequeno livro de CESARE BECCARIA; para todo o desenvolvimento ulterior da escola clássica; e, de modo particular, para o fato de que o principal expoente no exterior da cultura italiana dos últimos cinquenta anos é representado pela nossa escola criminal positiva”<sup>5</sup>.

Se é certo, porém, que a elaboração jurídico-legislativa foi obra original dos italianos, é por igual certo que os princípios filosóficos que a inspiraram foram de origem estrangeira. Assim é que a escola clássica se apoiou em bases essencialmente iluminísticas, da mesma forma pela qual a árvore da escola positiva medrou e floresceu graças à seiva recebida do pensamento positivista franco-inglês. E, em ambos os casos, os pressupostos filosóficos foram aceitos sem críticas ou restrições, a não ser aquelas ditadas, vez por vez, pela resistência que o bom senso opunha às conseqüências lógicas daquêles princípios alienígenas.

Assevera o mesmo autor que a aceitação passiva das concepções em que se fundaram os criminalistas foi a causa não só da menor originalidade dos seus resultados, como também daquela fraqueza constitutiva, evidente a todo aquêle que possua certo preparo filosófico.

Não nos parece. De um lado, os méritos que hoje se reconhecem à escola, mesmo por parte dos que já não

---

5. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, 2a. edizione riveduta e ampliata, Editore Fratelli Bocca, Torino, 1932.

lhes acolhem os pressupostos, sòmente foram possíveis porque os seus defensores acreditavam nos princípios errôneos de que partiam. Se tivessem repensado o positivismo, criticando-o portanto, teriam sido melhores filósofos mas piores juristas e reformadores. De outro lado, a que hoje se nos apresenta como fraqueza constitutiva, para o público de LOMBROSO e de FERRI ergueu-se como fôrça irrefragável, gerando nos espíritos aquela convicção sem a qual não teria sido possível reforma alguma.

O que é certo é que os penalistas italianos, por isso mesmo que eram médicos ou advogados, tinham em mira o ponto de chegada e não o de partida.

Aliás — como observa LOMBARDI<sup>6</sup> com a sua habitual penetração — se é verdade que o positivismo não forneceu nenhuma figura de pensador, não é menos verdade que rejuveneceu e transformou tanto o aspeto do mundo, pelo menos do ponto de vista do pensamento, que somos o que somos apenas por fôrça dêle.

2. A Escola Positiva de Direito Criminal foi, como se sabe, uma reação à clássica. Receberam, respetivamente, os nomes de sociológica e jurídica porque tais caracteres exprimem as exigências fundamentais dos dois sistemas.

“O crime não é uma entidade de fato, mas uma entidade jurídica” — essa a fórmula com que CARRARA sintetiza o princípio regulador de tóda a ciência criminal. Para aquêles que, como os positivistas, sòmente admitiam os fatos — ou, pelo menos, afirmavam não ser possível conhecer nada além dos fatos — é fácil imaginar que violenta reação teria que suscitar o lema de CARRARA. E o dístico que lhes deveriam opor seria: “não existe o delito, mas sòmente o delinqüente”.

Os divinizadores do fato viam na “entidade jurídica” uma abstração. Há quem afirme que a acusação de abs-

---

6. FRANCO LOMBARDI, *Nascita del Mondo Moderno*, Casa Editrice Arethusa, 1953, Asti. P. II, p. 115.

tração contra a fórmula de CARRARA tenha sido um equívoco, porque, dizendo que o delito é uma entidade jurídica, CARRARA lhe queria dar precisão e concreção, uma vez que “a sua essencialidade deve consistir impreterivelmente na violação de um direito”. Tanto isso é verdade que acrescentava, com exatidão, que “o delito é violação da lei promulgada”. A concreção da fórmula deveria consistir no fato de que, numa época de jusnaturalistas, CARRARA, que também o era, compreendeu o significado do direito positivo e viu o delito e a pena em função dêle. A concreção estaria ainda mais no caráter da pena, que não teria fins retributivos, mas apenas o de defender a lei, de modo que o “princípio fundamental do direito” fôsse a tutela jurídica<sup>7</sup>.

Parece haver neste caso uma confusão do sentido de concreto com o de preciso. É verdade que, reagindo contra o conceito moral da pena, CARRARA deu um passo à frente e “compreendeu que o objetivo do direito penal deve ser imanente ao próprio conceito de direito positivo, no qual deve encontrar a sua razão e os seus limites”.

Mas isso não quer dizer que as concepções do crime como “entidade jurídica” e da pena como “tutela jurídica” não fôssem abstratas no sentido de que consideravam a realidade apenas sob um aspeto — do direito — sem levar em conta todo o condicionamento social e cosmológico em que o ato delituoso foi praticado.

Se se pode discutir quanto à maior ou menor abstração da fórmula da escola clássica, nenhuma dúvida pode haver sobre a concepção abstrata do Direito que por CARRARA é considerado naturalisticamente, em sua verdade e imutabilidade eternas. E foi esta a razão pela qual a teoria clássica procurou formular um direito penal baseado numa racionalidade exterior ou superior à história, extrínseco ao mundo ao qual devia ser aplicado.

---

7. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, op. cit..

Quando CARRARA tenta atenuar a abstração dos seus pressupostos mediante a distinção de que os princípios são *absolutos* mas a sua aplicação é relativa, já se entrevê uma evolução, obtida, ainda uma vez, a débito da lógica e a crédito do bom senso.

A maior conquista da escola clássica foi o conceito de pena como tutela jurídica. A escola italiana, depois de ter colhido todos os frutos que os seus pressupostos iluminísticos lhe poderiam ter dado, desde BECCARIA até CARRARA, se mantinha acima da realidade, num plano transcendente, sustentada por preconceitos que só os positivistas teriam o desassombro e a fôrça de destruir.

O iluminismo foi o resultado da confusão, mais do que da fusão, de duas metafísicas que, não obstante confluíssem no pensamento francês do século XVIII, não conseguiram unificar-se: de um lado, o racionalismo cartesiano, que dá lugar a uma moral abstrata e axiomática; de outro, o empirismo inglês, que conduz a uma ética individualista e egoísta. No direito, geram respetivamente as teorias naturalistas, que afirmam um direito ideal, racional e divino, e contratualistas que, inspiradas no utilitarismo, procuram reivindicar a liberdade do indivíduo.

Ambas as correntes são anti-históricas, porque quer o direito natural quer o contrato têm carácter estático.

O iluminismo é, pois, ao mesmo tempo, racionalista, utilitarista e anti-histórico. As consequências dessa filosofia, nos seus reflexos no direito penal, são aquelas pelas quais ora a pena tem por fim a defesa do contrato social em benefício dos direitos de cada um, ora visa realizar uma justiça abstrata e transcendente. E, frequentemente, as duas exigências sobrepõem-se numa solução eclética, que não se denuncia apenas na escola clássica, mas se prolonga ainda nos tempos positivistas, em parte disfarçada, em parte corrigida.

### 3. a) *Precursores*: CATTANGO e BOVIO.

Salientando não só a necessidade de não abstrair o delicto do mundo em que surge, mas também os liames

estreitos entre o direito e a medicina, CARLO CATTANEO prenuncia a escola positiva. Depois de ter afirmado que os homens se distinguem uns dos outros pela sua natureza, obtemperava, em sua obra *Della riforma penale*, publicada no *Politécnico* em 1841: “Estas variedades dos humanos indivíduos podem ser observadas pelo médico; mas o homem dos metafísicos e, pois, também o homem dos jurisconsultos, os quais soem partir precisamente das asserções gerais da metafísica, reduz-se a cifra única e constante, a invariável abstração”. E’ êle quem liberta o pensamento da filosofia “do sistema”, inaugura uma filosofia do homem e prepara, assim, o terreno em que deverão germinar as novas idéias.

No âmbito estritamente jurídico, BOVIO<sup>8</sup> põe em evidência as dificuldades de conciliar a liberdade absoluta da escola clássica com a necessidade do mundo em que o indivíduo deve atuar esta liberdade.

Afirma que o delito e a pena são entidades heterogêneas, razão pela qual não se pode estabelecer entre êles nem uma proporção matemática, nem uma razão elementar e aproximada, nem *a fortiori* uma progressão.

“Reservo-me a faculdade de perguntar... qual a parte do crime nitidamente imputável ao indivíduo e qual às forças superiores da natureza e da sociedade. Ninguém pode dizer que natureza e sociedade não vêm ao caso, porque a história e a ciência afirmam que intervêm e devem intervir. — Interroguemos um pouco a *história* e a *ciência* acerca desta intervenção, que é uma espécie nova e constante de cumplicidade”<sup>9</sup>.

Encontram-se presentes em BOVIO, por exemplo, êstes elementos da escola positiva: testemunho da história e da

---

8. Indicamos BOVIO como precursor, embora a rigor não o seja na ordem temporal ou no sentido de que seja um positivista “*stricto sensu*”. Poder-se-ia dizer que flanqueou as correntes do positivismo.

9. G. BOVIO, *Saggio Critico del Diritto Penale*, Napoli, presso N. Jovene ed., 2a. ed., 1876, p. 47.

ciência, o crime como fato natural, em que interferem a sociedade e a natureza.

Os juristas da escola positiva nada mais farão do que transformar a cumplicidade ora denunciada em ação exclusiva da natureza. E ao sujeito — a quem se atribua a autoria — conceder-se-á absolvição por falta de participação de sua vontade efetiva.

O problema do delito torna-se o problema do delinquente. Envereda-se, assim, pelo caminho do pensamento moderno. A escola clássica falava de um indivíduo igual a todos os demais, sem história. A sua liberdade era vista absolutamente, como um direito abstrato do cidadão.

Agora o indivíduo começa a ter um nome, um corpo, uma família, uma ascendência, uma pátria, uma cultura; em suma, uma história que o situa no tempo e no espaço. Delineia-se, assim, uma reação ao abstratismo e ao anti-historicismo, reação em que muitos viram um caráter comum entre positivismo e idealismo.

No que se refere ao direito penal, já não há um crime a que se comina certa pena. Existe, em cada caso específico, um crime determinado, cometido por este indivíduo, em circunstâncias particulares, que exigirão uma consideração adequada.

Mas a tendência inicial de situar o ato no indivíduo e o indivíduo na sociedade não se detem. Supera os limites da indagação social, transpõe as fronteiras da pesquisa anátomo-fisiológica, ultrapassa o âmbito do exame psíquico e passa a interessar a tódia a realidade. O problema social evolui, através de diversos graus, para o cosmológico e, enfim, eleva-se ao plano do absolutismo filosófico.

“A natureza lança tódia a sua culpa sôbre os seus filhos; o século os seus vícios sôbre os contemporâneos; a sociedade os seus delitos sôbre os indivíduos. O indivíduo paga por todos”<sup>10</sup>.

---

10. G. BOVIO, *op. cit.*, p. 75.

Não obstante a inequívocidade do determinismo contido nas palavras reproduzidas acima, Bovio crê que a pena deveria ser proporcional à responsabilidade do delinqüente. E' verdade que, em seguida, admite que não existe tal proporcionalidade, mas não porque o réu não seja responsável — o que deveria aceitar se fôsse coerente — mas porque o juiz só poderá conhecer a história do dano causado, mas não atingirá jamais o que aconteceu no ânimo do delinqüente. E' utópico, pois, querer estabelecer um sistema de relações entre o delito e a pena.

O mérito de Bovio consiste em ter posto, como base do direito penal, a personalidade do réu na sua individualidade e na sua conexão com todo o mundo social e natural.

Compreendeu que o homem não pode não ser livre e que a sua humanidade reside precisamente na sua liberdade. Compreendeu que a liberdade não quer dizer arbítrio indefinido, mas liberdade entendida historicamente e, por conseguinte, síntese de liberdade e necessidade. Compreendeu que tal síntese significa não considerar o homem fora da realidade do mundo, mas integrado na própria realidade de modo indissolúvel.

Não conseguiu, todavia, talvez porque o pensamento em geral não amadurecera para tal solução, encontrar um conceito de liberdade que não fôsse incompatível com o mundo científico. Elementos heterogêneos como os que se apresentam à sua mente, necessidade e liberdade juxtapõem-se na consciência do homem. Resultado: o homem é responsável em mínima parte, a qual, como parte, acaba confundindo-se com o todo.

Assim é que Bovio declara a falência do direito penal, uma vez reconhecida a impossibilidade de penetrar a alma do réu. O direito penal apresenta-se essencialmente contraditório. E procura, por isso, integrar esta conclusão negativa através da substituição da equação penal pela equação civil.

Estabelecida a contradição, os criminalistas posteriores deveriam procurar resolvê-la, eliminando um dos seus

têrmos. O caminho mais simples era o de considerar o homem uma parte mecânica do mundo e, por conseguinte, submetido às suas próprias leis naturais e fatais. Era, em outras palavras, o caminho que levava a reduzir o sujeito a mera cousa. Foi êste o caminho trilhado pela escola positiva.

b) *Explicação anátomo-fisiológica*: MOLESCHOTT e LOMBROSO.

Sob o influxo das doutrinas materialistas e positivistas em voga, a personalidade do reu passou a ser considerada sob o ponto de vista anátomo-fisiológico.

Embora não tenha sido um jurista, nem se tenha interessado de modo especial pelo direito penal, MOLESCHOTT merece ser lembrado não só pela sua contribuição direta à escola positiva, mas sobretudo pela influência que exerceu sôbre o materialismo de LOMBROSO, o qual lhe traduziu a obra principal, de 1852, *Die Kreislauf des Lebens*, que em italiano se chamou *La circolazione della vita*.

“O pensamento é um movimento da matéria... O cérebro é tão indispensável à elaboração do pensamento como o é o fígado à produção da bilis e os rins à secreção da urina. Todavia, o pensamento não é um fluido nem um liquido, como não o é o calor, nem o som. O pensamento é um movimento, uma transposição da substância do cérebro”<sup>11</sup>. Também a vontade é “a expressão necessária de uma particular condição do cérebro, causada pelas influências externas”<sup>12</sup>.

MOSLECHOTT lança as bases da nova orientação penal quando, admitindo que o crime é um fato independente da vontade, declara que a pena não deve ter o fim de intimidar ou emendar, mas corresponde à exigência da espécie, que, através da pena, provê à própria conserva-

---

11. G. MOLESCHOTT, *La circolazione della vita*, tradotta dalla 4a. ed. tedesca, Milano, 1869, p. 328-329.

12. G. MOLESCHOTT, *Op. cit.*, p. 339.

ção. É por esta razão que todos os códigos punem os crimes que acarretam danos a terceiros.

Em lugar da responsabilidade moral, responsabilidade social. Em lugar do castigo, a defesa da espécie.

Começamos, assim, a ver que a inserção do homem no mundo se inaugura por fôrça da fisiologia (MOLESCHOTT), se aprofunda com as indagações antropológicas (LOMBROSO) e psicológicas (GAROFALO) para completar-se na sociologia criminal (FERRI).

Como tivemos ocasião de ver, o iluminismo desembocara num humanitarismo e jusnaturalismo abstratos. O positivismo propõe-se restituir o homem à natureza, arrebatando-o à idéia: insere-o na história e no mundo. O positivismo não tem, assim, somente valor negativo, mas é afirmação de concreção e historicismo. Não obstante o seu grosseiro materialismo, MOLESCHOTT põe um problema que não deve ser negligenciado: a unidade do homem e da natureza.

Observando no crâneo do bandido Vilella uma fossa occipital mediana, presente só em alguns quadrumanos, teve LOMBROSO a inspiração de formular a teoria do delinqüente nato. Materialista, acredita que a anomalia moral não podia senão ser consequência da anomalia física.

Em sua obra *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie* (1876), partindo do pressuposto da teoria da evolução, pela qual do animal se passa ao homem e do homem primitivo ao civilizado, LOMBROSO afirma que a anormalidade do tipo antropológico do delinqüente consiste na parada do desenvolvimento físico (e, por conseguinte, psíquico), num estágio pré-humano ou, ainda que humano, primitivo.

A prova disso estaria não só no fato de que os criminosos natos revelam instintos e necessidades animais ou, pelo menos, selvagens, mas também na sua estrutura anatômica.

Assim, por exemplo, os caracteres que se apresentam nos selvagens e homens de côr e, ao mesmo tempo, surgem frequentemente nos delinquentes natos são: “escassez de pelos, pouca capacidade craniana, testa pequena, seios frontais muito desenvolvidos, maior frequência dos ossos wormianos, espécies epactais, sinostoses precoces, espécies frontais, saliência da linha em arco do temporal, simplicidade das suturas, maior espessura dos ossos cranianos, desenvolvimento das mandíbulas e dos malares, prognatismo, obliquidade das órbitas, pele mais escura, cabeleira mais espessa e crespa, orelhas volumosas; acrescentem-se o apêndice lemuriano, as anomalias da orelha, o aumento de volume dos ossos faciais, o diastema dentário, a grande agilidade, obtusidade táctil e dolorífica, bôa acuidade visual, disvulnerabilidade, obtusidade afetiva, precocidade aos prazeres venéreos e ao vinho e paixão exagerada por êles, maior analogia dos dois sexos, menor corrigibilidade na mulher, pouca sensibilidade à dor, completa insensibilidade moral, acídia, ausência de qualquer remorso, impulsividade, excitabilidade físico-psíquica e, sobretudo, imprevidência, que chega a parecer coragem e coragem que se alterna com a covardia, grande vaidade, paixão pelo jôgo, alcool e sucedâneos, paixões tão fugazes quão violentas, fácil superstição, suscetibilidade exagerada do próprio eu e até mesmo conceito relativo da divindade e da moral”<sup>13</sup>.

Êste quadro dos caracteres atávicos do delinquente vinha reforçar as bases fisiológicas da nova criminologia, já lançadas por MOLESCHOTT. O delinquente é levado ao crime por uma necessidade que deriva do seu organismo, o qual carrega dentro de si a herança da espécie. O crime é um fato natural, como o nascimento, a morte, as concepções.

O exame das modificações introduzidas na sua obra principal, nas suas cinco edições, demonstra que LOMBROSO

---

13. CESARE LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 5a. edizione, vol. III, p. 503/4.

veio a limitar pouco a pouco o conceito do criminoso-nato, reconhecendo, em grande número de delitos, causas sociais e psíquicas. Fê-lo — como aliás o admite êle próprio — sob a influência de seus discípulos, principalmente de FERRI.

Os sinais morfológicos reduziram-se assim a apenas um dos aspetos do estudo do delinqüente. Ao mesmo tempo, adquiria relêvo a *etiologia do crime*, pela qual a ação humana se teria que apresentar à luz das condições meteorológicas, da orografia, da geologia, das raças, da densidade e da natalidade, da alimentação, do alcoolismo, da instrução, da economia, da religião, do estado civil. Todo o mundo, cujas determinações podem multiplicar-se ao infinito, concorre para a prática do crime.

A originalidade da contribuição lombrosiana reside na sua consideração antropológica. No que se refere às consequências no campo do direito penal, são as mesmas comuns a seus discípulos: GAROFALO e FERRI.

Em síntese, critica a responsabilidade moral e concebe a pena como medida de defesa social. Combate a escola clássica nestes termos: “CARRARA admite: — imputabilidade absoluta desde que haja concurso de intelecto e vontade na prática de uma ação criminosa; mas logo acrescenta: — sempre que esta não seja diminuída pela intervenção de causas físicas, intelectuais e morais —. Ora, nós vimos que não existe crime em que faltem estas causas. Também PESSINA, enquanto declara: — quem quis e executou o ato deve responder perante a justiça e o ato de querer não admite gradações intrínsecas —, ajunta em seguida — que estas gradações são admissíveis sòmente quando haja maior ou menor liberdade de eleição por causa da idade, sexo, ignorância, insanidade mental, exaltação por paixão, êrro de fato —. E são tôdas circunstâncias que se acham sempre presentes em um ou outro dos crimes”<sup>14</sup>.

---

14. CESARE LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 5a. edizione, vol. III, p. 519.

LOMBROSO, porém, não se detém na etiologia do crime. Propugna a sua profilaxia e a sua terapia. Ao conceito de defesa associa o de cura, a qual, embora possa estar compreendida no conceito geral de defesa social, torna possível uma interpretação moral e educativa da pena.

Combate, pois, o sistema da pena única: a cada delinqüente convém uma medida diferente, da prisão ao manicômio judiciário, do isolamento à multa, à liberdade vigiada. Coerentemente se insurge contra a extensão das normas penais a todo um território, dizendo que, “para unificar a lei verdadeiramente, e não no papel, seria preciso nivelar os costumes, a natalidade, a precocidade sexual, aliás nivelar mesmo os climas, o solo, as plantações.”<sup>15</sup>

Em tudo isso, não obstante o determinismo naturalista implícito, é patente o esforço de considerar o delinqüente na sua concreção. LOMBROSO critica aquela igualdade abstrata da lei em defesa de uma igualdade mais autêntica, que deverá nascer do reconhecimento das desigualdades reais.

c) *Explicação naturalístico-psicológica*: GAROFALO.

Convencido de que a antropologia criminal não conseguira demonstrar que certo sinal somático é mais freqüente no criminoso do que nas outras pessoas, RAFFAELE GAROFALO volta a sua atenção para a anomalia psíquica, sem afirmar e sem negar que tenha origem física.

O crime é um mal. Porém, como o bem e o mal variam no tempo e no espaço, não é possível determinar e classificar o crime uma vez por tôdas.

Contudo, visto como não se pode renunciar à ciência e ao direito, é preciso distinguir algo que, mudando menos, seja uma espécie de denominador comum: assim é que todos os sentimentos humanos são redutíveis, pelo menos na fase civilizada da evolução, à piedade e à justiça. A

---

15. CESARE LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di Codice Penale*, Torino, 1888, p. 62.

violação dêstes dois sentimentos constitui o crime social ou natural, que é definido como “uma lesão daquela parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e probidade), segundo a medida média em que se encontram nas raças superiores, medida esta necessária à adaptação do indivíduo à sociedade”<sup>16</sup>.

Ao delinqüente antropológico substitui-se o psicológico. “O criminoso-tipo é para nós o que carece totalmente de altruismo”.

Sob o influxo das idéias evolucionistas, atribui-se à pena a finalidade de seleção natural e, ao invés de procurar estabelecer-se proporção entre o delito e a pena, defende-se o critério da *idoneidade* do delinqüente para a vida social, de que resultará mais tarde o conceito básico da periculosidade.

Duas, como vimos, as categorias de crime — violação do sentimento de piedade e de justiça —, cada uma das quais pode ser praticada por dois tipos de delinqüentes — instintivos e fortuitos — aos quais serão aplicadas, conforme o caso, uma de duas penas: 1) eliminação absoluta ou 2) parcial e condicionada.

GAROFALO especifica os crimes a que deve ser cominada a pena de morte e, com isso, se afasta de um dos postulados da escola positiva, que se propusera a substituir a consideração do crime pela do criminoso. Esboça-se, porém, de outro lado, através do elenco dos delitos previstos, o princípio da periculosidade, que será desenvolvido por FERRI e será acolhido em tôdas as legislações dos povos cultos.

A antropologia criminal malograra diante da dificuldade de classificar os delinqüentes através dos caracteres somáticos. Procura-se, pois, estabelecer regras absolutas, recorrendo à psicologia, a qual não as podia fornecer, não só porque se tratava de uma ciência em fase embrionária, mas sobretudo porque os seus resultados não podem pretender exatidão e universalidade.

---

16. RAFAELE GAROFALO, *Criminologia*, edizione it., 1.885, p. 30.

E o que aconteceu foi que os princípios de GAROFALO eram absolutos, somente enquanto eram arbitrários, imprecisos e empíricos. E, feitas as contas, a anomalia psíquica era reconhecida mais pelo exame do crime em si mesmo do que pelo estudo atento e minucioso da vida fisiológica e mental do réu.

O dogmatismo com que GAROFALO, pela consideração pura e simples do ato criminoso, se julgava em condições de decidir da vida de um delinqüente, revela superficialidade lógica, a que se acresce a leviandade de justificar a pena de morte com o argumento de que a segregação acarreta à sociedade o dano material de manter um homem inútil por toda a vida... “De um lado, lucro cessante, de outro, dano emergente; eis a reclusão perpétua substituída à morte”<sup>17</sup>.

Enfim, como observa SPIRITO, “GAROFALO deu a contribuição da sua abstrata mentalidade de jurista ao abstrato naturalismo da antropologia criminal, depauperando-o também das suas exigências mais vivas e reduzindo-o a quase irreconhecível através dos esquematismos de uma casuística psicológico-jurídica”<sup>18</sup>.

O seu mérito está no fato de ter, de um lado, salientado a necessidade de levar em conta a vida psíquica do delinqüente, sem afirmar que se tratasse de uma consequência das condições anátomo-fisiológicas, e, de outro, delineado o conceito da periculosidade, seja através do critério da idoneidade do delinqüente de adaptar-se à vida social, seja considerando a probabilidade de recair em falta.

d) *Explicação sociológica*: FERRI.

Com ENRICO FERRI, o crime já não é pôsto em relação apenas com um dos aspectos da realidade — jurídico, anátomo-fisiológico ou psíquico — mas é visto como uma resultante de todas as forças da vida e do mundo.

---

17. RAFFAELE GAROFALO, *Criminologia*, edizione it., 1.885, p. 426/27.

18. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, op. cit.

Diz o sistematizador da escola positiva que, da mesma forma pela qual na medicina não existem doenças mas doentes, o direito penal não se preocupa com o estudo apriorístico do crime, como entidade jurídica abstrata, mas tem por fim o conhecimento concreto do crime, não como abstração jurídica, mas como ação histórica e como fato natural.

E, enquanto a escola clássica se propunha a finalidade prática de diminuir as penas, embora partisse do princípio de que a pena deve emendar o delinqüente, o programa dos positivistas é o de diminuir os crimes.

Valendo-se dos resultados da estatística e da antropologia, estabelece três ordens de fatôres do delito:

a) Antropológicos, que são inerentes à pessoa e se referem à constituição orgânica (elementos somáticos), à constituição psíquica (anormalidades da inteligência e dos sentimentos) e aos caracteres pessoais (biológicos: raça, idade, sexo; biológico-sociais: estado civil, profissão, domicílio, classe social, instrução e educação).

b) Físicos e cosmo-telúricos: clima, natureza do solo, estações, temperatura, condições meteorológicas, produção agrícola.

c) Sociais: densidade da população, costumes, religião, opinião pública, família, educação industrial, alcoolismo, situação econômica e política, organização da administração pública, da justiça, da polícia e, enfim, as leis civis e penais.

Levando às últimas consequências os princípios informadores da escola positiva, FERRI proclama o mais absoluto determinismo, já desde a sua tese de doutoramento, cujo título é bastante expressivo: *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*.

Porque nega a liberdade, substitui ao princípio da imputabilidade o da responsabilidade social: todo homem é sempre responsável perante a sociedade por qualquer ação por êle cometida.

Quem infringe as leis da natureza, sofre uma inelutável reação ou sanção. Quem se debruça muito de uma janela, por melhor que seja a sua intenção, cai (sanção física). O cansaço é a sanção biológica de todo aquêlê que venha a abusar do seu organismo. As reações sociais contra quem vai à falência, não obstante a sua bôa fé, seriam um exemplo de sanções sociais.

Ora, as sanções sociais ou naturais são independentes da vontade ou culpabilidade do agente. O mesmo deve acontecer com a pena, que deve ser aplicada sem se indagar da liberdade ou da voluntariedade do indivíduo.

Dos conceitos de determinismo e de responsabilidade social FERRI extrai o critério para estabelecer as medidas de defesa social, que são: preventivas, reparadoras, repressivas e eliminadoras.

Divide os criminosos em cinco categorias: loucos, natos-incorrigíveis, habituais, ocasionais e passionais.

As penas repressivas — aplicáveis aos delinqüentes ocasionais e habituais — variarão conforme o tempo necessário à cura do delinqüente, razão pela qual a sua duração deve ser indeterminada. O uso de cada uma das medidas obedecerá ao critério da temibilidade.

Partindo da classificação abstrata dos crimes — como a elaborara a escola clássica, cega a tôda consideração individual de tempo e de lugar — chegamos assim, através da variedade das sanções, do agrupamento dos delinqüentes em categorias e da indeterminação na duração da pena, a uma individualização concreta — mais do que do crime — do criminoso.

O próprio FERRI reconhece que classificar os delinqüentes é já despojá-los de sua individualidade, mas, por motivos de ordem prática, não vê como prescindir dêste enquadramento em classes e sub-classes bio-sociológicas.

De outro lado, não se deu conta também do fato de que, admitida como verdadeira a sua teoria da ação e reação natural, o próprio crime encontraria a sua sanção no mecanismo da natureza: e não haveria necessidade de cogitar de penas pré-estabelecidas. A não ser que

quisesse ver nas normas penais simples fatos naturais mecânicos e necessários, caso em que seriam tôdas justificadas porque insuscetíveis de ser avaliadas.

Nos últimos anos de sua laboriosa e fecunda carreira, FERRI já não possuía aquela fé ativa no determinismo que ingênuamente proclamara na idade juvenil. Tanto é verdade que, reconhecendo que os cultores do direito soem tomar conhecimento dos progressos da crítica filosófica com notável atraso, endereçava a UGO SPIRITO, aos 23 de outubro de 1925, uma carta de que extraímos as seguintes palavras:

“Com relação ao seu livro, devo, antes de tudo, exprimir-lhe minha alegria intelectual e moral pela serenidade com que resumiu e fixou as premissas e conclusões dos positivistas, avaliando-as de seu ponto de vista filosófico. Dito isto, acho que as suas observações críticas são (com exceção de algumas afirmações particulares) substancialmente lógicas e apropriadas”.

E, após ter declarado que o idealismo, como sistema filosófico, não chegava a penetrar na sua consciência, acrescenta: “Mas não é humanamente possível que, na minha idade, após meio século de estudos, observações, pesquisas, reflexões, se possa revolver e radicalmente mudar a própria maneira de conceber o universo e o homem. Compreendo, porém, tôda a fôrça sistemática que se acha contida no seu pensamento filosófico. Mas êste se mantém ainda muito alto e solitário para poder desde já concretizar-se num ordenamento jurídico-criminal que, como o senhor nota, está sempre em atraso em face da especulação teórica e que, por isso, passará antes (como já começou na Itália e fora dela) através das reformas positivistas, das quais, porém, como o senhor salienta, não está fechada a porta, aliás está aberta a trilha para elevações ulteriores”<sup>19</sup>.

---

19. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, Editori Fratelli Bocca, Torino, 1932, edizione riveduta e ampliata, p. 152.

4. Seria muito fácil criticar o positivismo penal, levando em conta, vez por vez, certas afirmações acidentais de cada um de seus representantes. O elenco dos caracteres antropológicos dos criminosos-natos, por exemplo, hoje nos faz sorrir pelo que encerrava de empírico e infundado. O conceito de pena como seleção natural — apresentado por GAROFALO — não pode deixar de entrar em choque, pela sua idéia implícita de finalidade, com o princípio causal. A confiança ilimitada no progresso e a tendência de construir tôdas as ciências tendo por paradigma a física não mais se justificam. Reiterar tais críticas seria tarefa de DON QUIJOTE...

Nunca é demais, porém, repetir que o êrro fundamental está no seu determinismo. Se tudo é determinado — como se queria — não têm sentido o bem e o mal, o verdadeiro e o falso. Se não somos livres, não o somos para distinguir o êrro da verdade, e a convicção dos positivistas é tão illusória quanto aquela pela qual acreditamos decidir livremente. O positivista não pode, pois, reivindicar a verdade da sua doutrina, porque não é livre-de enunciá-la. Estaria, por conseguinte, condenado ao silêncio.

Tudo o que diz o determinista está em contradição com os seus pressupostos especulativos. Desta incoerência original resulta que, quando prescreve deveres sociais, entra novamente em conflito com as premissas: se o delinqüente é um doente, a pena como obrigação social só tem sentido se êste dever se refere a homens livres.

Admitindo-se — como fazia FERRI — que a cada ação corresponde uma sanção natural, não haveria necessidade da intervenção da justiça, a qual, se irrompe no meio do mecanismo naturalista, o faz para proclamar que o homem é livre. Quem quer que se eleve a proferir uma palavra apenas, a que pretenda dar um sentido, terá implicitamente aceito e postulado a liberdade. Aliás, a terá também demonstrado.

Não obstante tais erros, todavia, de muito se fizeram credores para conosco os positivistas. O próprio GENTILE,

que não poupou sarcasmos à escola italiana de antropologia, o reconhece: “Mesmo assim, em tais erros, repito, havia germes de verdades, encerradas em grossas crostas das quais não era possível então libertá-los; havia em todos uma violenta afirmação do princípio da imanência, que não encontrava, pela própria violência com que repe- lia o transcendente, o *ubi consistam* do espírito; e ultra- passava o alvo; mas que, de qualquer modo, era uma verdade, que não devia por certo desvanecer-se, mas ser reconduzida à realidade do espírito e fecundada”<sup>20</sup>.

E não poucos, com efeito, foram os frutos que amadureceram no terreno do direito penal como desenvolvimento daqueles germes de verdade:

a) Negando a liberdade e, portanto, o fundamento da moral, os positivistas despiram a pena da finalidade retributiva e expiatória. E com esta concepção da sanção contribuíram para que fôsse reconhecida sempre mais a autonomia do jurídico em face do moral, por fôrça da qual a finalidade fundamental e filosófica do direito é a preservação das instituições e não a avaliação da intenção.

b) Outro mérito da escola foi o de induzir a que o crime não fôsse julgado em si, na sua pontualidade, mas na sua história, a qual se acha em relação com todo o mundo natural e social. Operou-se, através dessa orientação, uma verdadeira revolução no direito penal, acarretando, como vimos, a mudança dos tradicionais conceitos de responsabilidade e punição.

c) A preocupação com as medidas preventivas constitui outro título de honra dos positivistas. Convencidos de que não é o caráter intimidativo da pena que evita ou diminui a criminalidade — e os dados estatísticos são bem significativos a respeito — propõem a adoção de substitutivos penais, que deveriam ser como que os antídotos da delinqüência. E todo o esfôrço que hoje se envida no

---

20. GIOVANNI GENTILE, *Le origini della filosofia contemporanea in Italia, II, I positivisti*, p. 144, Sansoni, Firenze, Nuova edizione riveduta da Vito A. Bellezza, 1957.

sentido de eliminar as condições propícias ao aumento da delinqüência — desde os cuidados com a adolescência até as obras de assistência hospitalar, a instrução obrigatória, os movimentos de caráter educativo — é a herança do positivismo que, árido por assim dizer no campo especulativo, foi fecundo nas conseqüências político-sociais.

d) A uniformidade das penas não podia subsistir diante da variedade bio-psíquico-sociológica dos delinqüentes. E a escola de FERRI prescreveu maior número de sanções com o fim precisamente de adequá-las — mesmo nos casos de idêntica figura de delito — às várias categorias de delinqüentes. Assim, ao lado de penas diversas, foram previstas várias medidas de segurança.

e) Resultou disso tudo uma individualização não só administrativa como também judiciária da pena, através da qual se estabeleceu uma continuidade entre jurisdição penal e execução administrativa das sentenças, de modo que o juiz possa controlar os efeitos das próprias decisões sôbre os delinqüentes.

f) É também um corolário dos princípios da escola sociológica o refôrço das conseqüências civis “ex delicto”, entre outras cousas, mediante uma organização mais rendosa do trabalho carcerário.

g) Enfim, a ampliação da esfera do poder discricionário do juiz. Para quem está convencido da necessidade de procurar adaptar a pena, mais do que à gravidade do crime visto na sua fisionomia objetiva, à personalidade de delinqüente, a indeterminação — ainda que relativa — das sanções, é indispensável a uma melhor distribuição de justiça.

Em conclusão, é verdade que o positivismo foi ingênuo. Foi, porém, uma filosofia do bom senso e rica em conseqüências benéficas. Faltou-lhe subtileza e profundidade, mas, em compensação, não se perdeu nos labirintos de especulações abstrusas, que tanto afilaram as armas da agudeza que acabaram — como o idealismo — incapazes

de justificar o indivíduo, o mundo exterior e a própria liberdade.

Quando a crítica se torna fim em si mesma, abalando a confiança no pensamento e, por conseguinte, na própria crítica, é o caso de perguntar se não era preferível a inocência filosófica dos positivistas...

Dir-se-ia que, com as filosofias, sucede mais ou menos o mesmo que com as críticas feitas aos homens. As polêmicas irônicas que se acendem contra uma pessoa no pleno vigor de suas forças atenuam-se frequentemente quando o adversário já morreu ou, pelo menos, se tornou inofensivo. E relevam-se-lhe os pecados — que afinal não eram tão graves — para lembrar que, no fundo, tinha também suas virtudes...

## PARTE II

### O direito penal e a liberdade.

SUMÁRIO: 1. *Direito e moral.* 2. *A liberdade como exigência.* 3. *Atualidade da liberdade.* 4. *A liberdade humana e a necessidade científica.* 5. *A psicologia, a biologia e a sociologia.* 6. *Os "motivos" da vontade e a liberdade.* 7. *A liberdade histórica.* 8. *A liberdade histórica e o direito penal.*

1. Tem razão FRANCO LOMBARDI<sup>21</sup> quando afirma que o conteúdo da vida da sociedade e do Estado é "dado, na sua maior parte, por interesses e relações de natureza prática e que prático é o próprio interesse que regula e governa a determinação das leis, de modo que estas não visam tanto a efetiva responsabilidade do indivíduo mas de preferência tendem a salvaguardar determinados institutos". Isso não quer dizer, porém, que não se deva justi-

---

21. FRANCO LOMBARDI, *La Libertà del Volere e l'Individuo*, Milano, Fratelli Bocca, 1941, p. 548.

ficar o conceito da liberdade como fundamento das ações do homem e como pressuposto a que a determinação do Estado se refere.

O âmbito do direito não coincide com o da moral, nem se pode sustentar que sejam dois círculos concêntricos, porquanto há normas morais que não são sancionadas como lei e preceitos legais que carecem de fundamento ético, próximo ou remoto (sempre que se coloque o indivíduo como centro e fim da moral).

Não obstante isso, a liberdade constitui ainda o núcleo desse fenômeno mais próprio do direito que se corporifica na idéia do justo, tanto é verdade que todo ordenamento positivo procura avaliar o grau de responsabilidade do agente e atribuir-lhe uma pena proporcional à sua culpa.

Assim sendo, embora se possa afirmar que o fundamento absoluto do direito não se encontra na moral, o limite da eticidade dos preceitos jurídicos é dado principalmente pela ineficiência dos instrumentos do órgão judiciário, que, para não se expor ao risco de inconvenientes maiores, se abstém, de um lado, de punir certos fatos moralmente reprováveis e, de outro, pune ações que, sob o ponto de vista ético, nem sempre mereceriam castigo.

Ainda quando se aceite uma justificação imanente do Estado e do Direito, pela qual estes dois conceitos se apresentam como simultâneos e complementares, pode reconhecer-se nos direitos positivos a tendência de fazer colimar, tanto quanto possível, a lei e o que a sociedade respectiva considera como bem.

Conclui-se daí que uma lei penal que queira atender à sua finalidade deve admitir a liberdade dos seres a que dirige os seus ditames e concebê-la de uma forma concreta ou histórica, de tal sorte que tenham sentido as disposições de adequação da pena ao delito, da sanção ao direito ofendido, de agravantes e atenuantes, de prevenção geral e especial.

Que sentido teria, com efeito, uma lei que quer intimidar, se não se admitisse um indivíduo livre, isto é, suscetível de intimidação? E se o ordenamento penal tem também a finalidade de corrigir e readaptar, de reeducar e restituir o indivíduo à sociedade, tudo isso não se pode compreender fora da liberdade. Que valor poderia inerir a uma legislação que não fôsse estabelecida por homens livres para homens livres?

A liberdade é o ponto de partida e de chegada do direito. É o ponto de partida porque, sem a liberdade fundamental do viver, do querer, do pensar, não é concebível valor algum. É ponto de chegada porque o Direito positivo deve tender a respeitar e a fazer respeitar a liberdade.

2. Quem quer que pense ou fale, pressupõe a liberdade. Também os que defendem o determinismo, pretendem implicitamente que as suas palavras tenham um valor, o qual é excluído pelo próprio determinismo, uma vez que o verdadeiro, o bom e o belo só subsistem se o homem não estiver ligado por um nexó causal na sua escolha.

Este argumento irretorquível pelo qual nenhuma teoria poderia aspirar ao título de verdadeira — inclusive a determinista — se tudo o que fazemos fôsse necessário, autoriza-nos a admitir a liberdade como uma exigência do pensamento.

De onde se conclui que a liberdade, mais do que possível, é necessária. Em outros termos, no domínio do humano, a única necessidade é a não-necessidade, ou seja, a liberdade.

3. Não basta afirmar a liberdade como exigência no mundo humano, mas é preciso demonstrar como ela atua. Se nos limitássemos a caracterizá-la negativamente — como a falta de determinação por fatores — o onus da prova passaria para o outro lado: não teria sentido exigir a demonstração de que certo ato não foi o resultado de fatores, porque caberia a quem afirmasse a determinação

do fato o dever lógico de demonstrar a existência das condições necessárias e suficientes. E esta demonstração — como já fez ver BERGSON — seria impossível, porque, admitindo-se para argumentar que as infinitas condições se pudessem renovar, o ato humano seria irrepetível, em vista da sucessão temporal.

Mas o âmbito da liberdade não é o campo residual deixado pelas determinações científicas, como se se tratasse quase de um terreno a que a ciência ainda não chegou mas a que poderá chegar. Os que defendem este conceito da liberdade como limite — que é um conceito negativo — diriam que, de redução em redução, a sua esfera se restringe até tender a zero. E o fato de chegar a zero ou seria questão de tempo e do estado do conhecimento ou não se atuaria porque as etapas seriam infinitas.

E não nos atemos a um conceito meramente negativo da liberdade porque, mesmo quando se admitisse a hipótese de que é possível conhecer tôdas as condições a que o individuo não pode desobedecer, ainda assim haveria para êle a possibilidade de escôlha da sua ação.

A esfera da liberdade é, pois, uma esfera positiva dentro da qual o sujeito se move, de maneira a justificar, em cada caso, a afirmação de que o individuo, embora tenha agido de um modo, o poderia ter feito de outro, igualmente possível em face de tôdas as condições em que a ação foi, de fato, praticada. Só este processo de entender a liberdade torna possível o conceito de responsabilidade.

4. A escola positiva de direito penal, convencida da incompatibilidade entre a liberdade humana e a necessidade das leis psicológicas, sociais e físicas, acabou por negar que o homem fôsse livre. De outro lado, o idealismo procurou anular a contradição, através de uma síntese de liberdade e necessidade, que, afinal de contas, fazia surgir uma “liberdade” de uma única Realidade — a do espirito absoluto — que agiria sempre da única forma — ótima e perfeita — que seria possível e que não

poderia depender de outra realidade porque ela própria era a realidade.

Mas existe uma real contradição entre a liberdade humana e a necessidade científica?

Em primeiro lugar, admitindo-se que se possa falar de leis no campo das ciências humanas, é fora de dúvida que não se revestem elas do caráter de exatidão e certeza que possuem (ou parecem possuir) as leis da física.

Para as doutrinas deterministas, os dados estatísticos forneceriam um quadro da uniformidade com que se verificam fenômenos aparentemente abandonados ao arbítrio do indivíduo ou da regularidade com que certas causas ou fatores agem no desenvolvimento dos fatos humanos.

Mas “para que se pudesse tirar de semelhante regularidade das assim chamadas “leis” estatísticas qualquer consequência, seria preciso que a regularidade apresentada pela estatística se pudesse realmente encarar como uma lei, isto é, que tivesse valor não só estatístico mas também nomotético; em outras palavras, que não valesse apenas enquanto a coisa seja olhada de longe e para as grandes massas, mas também para cada um dos indivíduos ou para o indivíduo em particular que se acha compreendido em tal massa. Se a estatística nos disser que, entre mil indivíduos, se cometem tantos crimes de certa natureza ou que tantos são os delinquentes possíveis ou prováveis, nem por isso diz alguma coisa quanto à possibilidade positiva de que eu incorra nesse mesmo crime”<sup>22</sup>.

Esse argumento já seria suficiente para mostrar que as “leis” da sociologia não são absolutas no sentido de que excluam a liberdade individual. Mas serão absolutas as leis das ciências chamadas exatas, por exemplo, das ciências físicas?

Acaso as leis físicas não são também estatísticas no sentido de que variam conforme a distância da qual os

---

22. FRANCO LOMBARDI, *La libertà del Volere e l'Individuo*, op. cit., p. 510.

seus fenômenos são observados? A previsibilidade dos fenômenos físicos macroscópicos não será devida ao fato de que são observados “de longe”? Não será também por esse motivo que, vistas de perto, as partículas atômicas não apresentam a mesma regularidade?

Um objeto manipulável, acessível aos nossos olhos desarmados, embora possa ser considerado uma unidade, pelo seu significado prático, no fundo é um imenso conjunto de partículas, que se comportam de maneira uniforme porque observadas à distância. Esta regularidade do objeto, considerado no seu conjunto e visto de longe, não parece desaparecer quando já não se olha para a massa e, de mais perto, se presta atenção às partículas?

É por isso que a estatística se torna tanto mais exata quanto mais se ampliam os limites do quadro sobre o qual recaem as suas observações. De qualquer forma, tôdas as ciências parecerão fixar leis “causais” ou “estatísticas” conforme a distância de que os fenômenos que constituem o seu objeto sejam observados. E a causalidade não será então senão o princípio decorrente da observação à distância, quer se trate de partículas atômicas, de homens ou de planetas.

A verdade é que a ciência tende a perder aquela feição determinista que a caracterizava no século passado, porquanto as suas “leis” não se revestem da necessidade absoluta e geral que se lhes atribuía. É a conciliação, ou melhor, o superamento da contradição entre a liberdade espiritual e a necessidade natural se entrevê mais próximo e viável.

Mas, para que a liberdade se possa justificar no campo filosófico, não é indispensável negar a generalidade, a exatidão e a necessidade a que aspiram as leis físicas. Bastará esclarecer que as “leis” psicológicas e sociológicas — senão também as biológicas — não têm caráter absoluto, mas estatístico.

5. Se se pudesse demonstrar que o indivíduo “racionaliza” os verdadeiros motivos inconscientes, os quais, por

sua vez, agem sempre no mesmo sentido, em obediência a forças instintivas, ter-se-ia estabelecido um determinismo psíquico que não deixaria margem a liberdade alguma.

A conseqüência seria a mesma se houvesse um nexo necessário entre a constituição orgânica e a conduta humana ou entre o ambiente e a personalidade.

Trata-se, porém, nestes casos, de tentativas de explicação da vida humana meramente hipotéticas e indemonstráveis, que têm razão quando procuram inserir o homem nas suas condições genéticas, psíquicas e sociais, mas que erram quando se esquecem do caráter estatístico de seus resultados e, por conseguinte, aproximado, razão pela qual jamais poderão elevar-se a um plano de universalidade e de necessidade.

É de se frisar, de outro lado, que as estatísticas sòmente conseguem espelhar uma regularidade a expensas da abstração, traindo assim aquêlê mesmo ideal de concreção perseguido pela escola positiva quando se interessa mais pelo criminoso do que pelo crime. Quando se afirma que, à medida que aumenta o desemprego, aumenta também a criminalidade, não se volta à consideração do crime em si, destacado do ambiente material, social e psicológico em que foi cometido? O delinqüente não se torna um anônimo? Não se colocam no mesmo plano todos os delinqüentes, fazendo *tabula rasa* de sua história, de sua consciência, de sua hereditariedade e de sua educação?

Parece indiscutível que a generalidade se obtém mediante a abstração. E, quando esta abstração se opera no campo do homem — considerado como sujeito — qualquer conhecimento que não seja concreto perde a sua validade absoluta.

Pretender-se-á com isso dizer que a psicologia não tem valor? Quer-se, ao contrário, sublinhar que a consideração bio-psico-sociológica, embora indispensável, não é absoluta. Assim, para julgar certo criminoso — e não certo crime — o tipo bio-psicológico do indivíduo e a

indagação sôbre o seu ambiente e a sua história podem e devem fornecer os elementos sem os quais não se estaria em condições de saber até que ponto soube ser livre, isto é, em que medida se esforçou por não cometê-lo e como não conseguiu sobrepujar as circunstâncias.

Serão os subsídios da psicologia, da sociologia e da biologia que auxiliarão o juiz na avaliação das agravantes e das atenuantes, as quais se justificam — não no sentido em que tradicionalmente eram entendidas, isto é, como uma espécie de mutilação da liberdade — mas através da aceitação de uma liberdade concreta, indivisível, plena mas inerente à realidade, uma liberdade que não desobedece às leis da física porque as domina. Não que haja uma liberdade, por assim dizer, normal, que se apresente como infinita, abstrata e absoluta, de um lado, e que os incapazes e os assim chamados irresponsáveis tenham uma liberdade em doses mais ou menos homeopáticas. A liberdade é sempre inteira. Atua, é verdade, nas condições históricas, mas não obedece a elas como uma resultante de fôrças, porque, em cada caso concreto, o sujeito é autor de um esforço mais ou menos intenso pelo qual ao mesmo tempo cria e escolhe o motivo da sua escôlha.

Se BACON tinha razão quando afirmava que *natura nisi parendo vincitur*, é porque precisamente a liberdade aceita as leis físicas, mas não se limita a uma obediência estéril; em outros têrmos, o sujeito cria em cada momento a sua vida, dir-se-ia quase com a matéria prima que lhe fornece a natureza.

6. Para que se possa compreender a liberdade atual do sujeito é mister, ademais, esclarecer que os motivos da ação não pré-existem ao ato, mas são criados enquanto o individuo age.

O sujeito não dispõe de uma série de razões para agir como se se achasse diante de um fichário ou de um catálogo, de forma a poder escolher entre muitos motivos, prontos e configurados.

No próprio momento em que se decide nasce o “motivo” da decisão. É falsa a explicação que apresenta o

sujeito como um ser dotado de um pensamento anterior ao querer, isto é, de um pensamento cuja função consistiria em iluminar os motivos pre-existentes, por um dos quais acabaria por optar.

E não é outro o defeito das doutrinas do livre arbítrio e das opostas doutrinas deterministas: seu êrro consistia precisamente em conceber um “pensamento”, fora do tempo, “do qual o sujeito deveria depender para o seu agir desde que não se queira admitir que tenha agido arbitrariamente ou contra a razão”<sup>23</sup>. Com efeito, uma vez fixadas tais premissas, não se conseguia fugir ao dilema do determinismo: ou a vontade segue o pensamento e resulta determinada; ou age contra ou sem qualquer motivo. Mas agir contra a razão já é um agir determinado. E, enfim, decidir-se sem razão é impossível, porque, se se decide, é porque uma razão houve e, se o sujeito não se decidisse, estaria destinado à mesma sorte do asno de BURIDAN.

A antinomia nada mais é do que o resultado de um “pensamento” posto antes do “querer”, que ARISTÓTELES comparava a um coxo vidente e a um cego capaz de andar.

Em suma, a fôrça do motivo não é coisa que o motivo possua por si, antes ou independentemente do sujeito; pelo contrário, é o sujeito que, com a sua opção, lhe dá o valor e o título de motivo.

A liberdade consiste neste decidir-se do sujeito por um ou outro motivo. Não se opera uma escôlha entre os vários motivos, pressupostos ao pensamento, porque, se houvesse motivos anteriores à escôlha, esta seria por êles determinada. Os motivos resultam, pois, do decidir-se do sujeito.

7. O sujeito cria a sua decisão, que é uma entre as muitas e indefinidas que poderia ter criado. Seria im-

---

23. FRANCO LOMBARDI, *Il concetto della libertà*, Instituto di Filosofia della Università, Asti e Roma, 1a. ed., 1955, p. 42.

próprio dizer desta decisão que é uma escôlha, porque haveria a pressuposição implícita de quem escolhe e de quem é escolhido. Assim como nos parece inexato dizer que a decisão é uma entre as infinitas possíveis decisões, porque, neste caso, se confundiria a liberdade com a onipotência.

A liberdade melhor se pode definir como criação, que não se deve entender como criação do nada, mas como o modo pessoal do sujeito de viver e pensar e querer.

Um dos momentos mais felizes do pensamento de LOMBARDI é aquêle em que procura justificar a atuação da liberdade através do processo pelo qual se pronuncia cada uma das palavras do discurso.

“É bom critério, para entender o sentido das proposições filosóficas — diz o pensador — recorrer à realidade de nós mesmos enquanto falamos. Se por exemplo, eu falo, ou, como bem se diz em italiano: estou falando (inglês: I am speaking), eu devo em cada instante resolver o problema daquela palavra que estou para pronunciar e que, por assim dizer, não conheço antes de pronunciar-la mas que encontro enquanto a invento, enquanto ilumino diante de mim um mundo que surge ou que surge pelo meu próprio ato de iluminá-lo”<sup>24</sup>.

O pensamento é o esforço com que se vem tecendo o próprio discurso; é, dir-se-ia, o passo mental pelo qual um pé pousa no que se está por acabar de pronunciar e outro no que se começa a dizer.

“É preciso não considerar o nosso pensamento quase como um jôgo de cubos, como um suceder-se de palavras separadas e por si já completas: escôlho uma palavra, tomo de outra e ponho-as juntas. Não, não podemos escolher as palavras, pela simples razão de que as palavras existem enquanto as pensamos. Não podemos, pois, representar-nos a cousa como se um individuo entrasse num quarto com uma luzinha acesa, procurasse as palavras e as pusesse juntas: devemos buscar as palavras e

---

24. FRANÇO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 81/82.

sòmente as encontramos depois de as ter pensado. Dêste esforço para pensá-las nada e ninguém nos pode livrar. Não podemos antes procurar e depois pensar”<sup>25</sup>.

O pensamento consiste, portanto, numa ponte que não é lançada entre dois têrmos como se êstes pré-existissem, mas os têrmos são postos ou criados, ao mesmo tempo, com a sua relação, quase como um feixe de luz que avança nas trevas. Mais do que uma ponte ou um feixe de luz, que dariam uma idéia de linearidade — sugerida talvez pela escrita ou pela sucessão temporal das palavras — o pensamento pode ser havido por uma esfera que se expande e que, à medida que se engrandece, se mantém sempre como núcleo central de que se irradia a experiência.

E a liberdade é “o que nós mesmos somos ou nos tornamos, já enquanto mal nos aprestamos a agir ou movemos apenas um passo e devemos, a cada passo, dominar-nos, se é verdade que o próprio caminhar é um contínuo cair. O que nós somos, ou nos tornamos, já enquanto formulamos uma só palavra, enquanto arriscamos, cada vez, não pronunciar a palavra perspicua que cada uma das situações particulares exigia”<sup>26</sup>.

A liberdade, por conseguinte, é a atividade do sujeito entendida como crise, isto é, ao mesmo tempo como sentença e como decisão. Liberdade que não é independência, mas é a centralidade do sujeito no seu mundo; liberdade que é histórica no sentido de que o indivíduo não sai de si mesmo para chocar-se contra o mundo material, mas atua dominando as leis da matéria para a criação da sua vida.

8. À luz do conceito histórico da liberdade, podem-se justificar as disposições legais relativas à adequação da pena ao delinqüente, através do reconhecimento de circunstâncias agravantes e atenuantes. E isso não era pos-

---

25. FRANCO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 60.

26. FRANCO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 184.

sível em face do conceito de liberdade apresentado pela escola clássica.

Com efeito, o conceito que expusemos da liberdade — como é formulado nas obras de LOMBARDI — não só permite preservar a responsabilidade do indivíduo, mas nos confere também o direito de avaliar como e porque a sua ação foi uma e não outra.

O defeito da escola clássica residia em admitir uma liberdade absoluta ou irrelata do indivíduo abstrato. Em certos casos, porém, diante dos sujeitos passivos de direito penal, reconhecia-se que, conforme as circunstâncias, sua liberdade podia ser limitada.

Um erro arrastava a outro. O primeiro era o de partir do pressuposto de uma liberdade absoluta igual para todos, sempre e em todo lugar. O espírito era considerado na posição abstrata de uma realidade imaterial absolutamente independente das circunstâncias temporais e locais.

Diante do caso concreto, porém, o defensor do livre arbítrio se via forçado a admitir exceções: assim, a embriaguez, a ameaça, o estado de necessidade, a minoridade, etc. Por isso, enquanto à generalidade dos homens, vista em abstrato, se reconhecia uma liberdade inteira, a certas pessoas, em determinadas condições, se concedia que não haviam podido fazer uso de toda a sua liberdade. E eram julgadas na medida em que haviam sido mais ou menos livres.

O absurdo era duplo: teoricamente, partia-se de um conceito absoluto da liberdade para ministrá-lo, por assim dizer, em doses; praticamente, não se compreendia como e porque a dosagem tinha que ser feita apenas em alguns casos enumerados pelo código.

E, diante de tal concepção, tinham razão os positivistas do direito penal quando perguntavam por que não reconhecer a limitação da liberdade em todos os casos e afinal porque não admitir, uma vez por todas, em lugar da diminuição, a anulação da liberdade.

O problema era, assim, mal colocado, porque um conceito total como o da liberdade não se pode entender em termos quantitativos. Se há idéias insuscetíveis de divisão e irreduzíveis à medida, a liberdade o é por excelência.

É lícito tirar destas considerações a conclusão de que devem ser abolidas de todos os Códigos as circunstâncias atenuantes e agravantes?

Pelo contrário. O que se quer frisar é que eu sou sempre inteiramente livre, como centro e sujeito da minha experiência, que compreendo e re-compreendo em cada uma das minhas ações. Se em relação a uma só parte dos meus atos eu não fôsse livre, em relação a tais atos eu não seria sujeito.

Em síntese, a liberdade é sempre inteira e, se a pena tivesse que ser adequada ao grau de liberdade, seria sempre a mesma. Em outros termos, pode-se dizer que a liberdade é absoluta, mas não no sentido de que o indivíduo seja absolutamente livre, isto é, que pode querer e fazer tudo — caso em que a liberdade seria onipotência. É absoluta porque possui a universalidade própria de todo conceito filosófico, embora encerre a possibilidade de múltiplas atuações.

As mesmas considerações podem aplicar-se ao conceito da vida. Seria absurdo afirmar que, em certas circunstâncias de doença, velhice, fraqueza, um indivíduo não é inteiramente vivo porque de vida possui apenas metade ou um terço. Isso não impede que se possa, de maneira diferente, avaliar a exuberância dos jovens no pleno vigor da existência, a fragilidade das crianças que ainda não se alçaram ao ápice do desenvolvimento orgânico ou a ancianidade dos que descem a curva vital.

Poder-se-ia, sim, dizer que um é mais vivo do que outro, mas de maneira imprópria, como se diz que existem pessoas que, pelo seu esforço, não sucumbem às dificuldades e, porque as superam, se tornam “mais livres”.

Todos os homens, porém, desde a concepção até a morte, são inteiramente vivos, tanto é verdade que não há órgão que não participe da sinergia orgânica. E, da mesma forma, somos todos livres inteiramente, dessa liberdade histórica que nos permite levar em conta as circunstâncias em que o indivíduo agiu, de sorte a poder dizer se era lícito esperar dêle uma ação diferente da que foi praticada.

São possíveis dois discursos, duas abordagens do conceito da liberdade: uma, de ordem filosófica, pela qual não podemos deixar de admitir que todos somos livres; outra, científica, que nos permite examinar a qualidade desta liberdade do indivíduo, caso em que os subsídios da biologia, da psicologia e da sociologia são necessários ao conhecimento do sujeito.

O fato, por exemplo, de que o réu pertença a um dos três tipos de KRETSCHMER (“pícnicos”, “atléticos” ou “leptosômicos”) pode ser útil, sob o ponto de vista biopsíquico, para melhor interpretar o esforço mais ou menos intenso que terá envidado para agir desta de preferência àquela maneira. De outro lado, sem a sua história, a sua educação, o seu meio social, não seria possível avaliar o seu ato. Mas todos êstes aspectos reunidos, embora importantes, não se substituem à liberdade do indivíduo, não obstante constituam o único critério para saber de que forma o réu se impôs às circunstâncias ou se deixou arrastar pelas fôrças exteriores. É a consideração positiva, científica, histórica que nos dá o índice que nos habilita a julgar se o indivíduo poderia e, por isso mesmo, deveria ter agido de outra maneira.

A correção ao conceito irrelato da liberdade, pressuposto da escola clássica, não deve ser feita extrinsecamente, como procederia quem, partindo de uma consideração abstrata da humanidade, afirmasse que todos os homens têm a mesma altura. E, quando se apercebesse do erro inicial, procurasse obter a igualdade cortando a cabeça dos mais altos ou, sem derramamento de sangue, dando muletas aos mais baixos.

Da mesma forma que a estatura pode variar sem que com isso seja afetada a humanidade do individuo, cada um poderá fazer uso mais ou menos digno e efetivo das oportunidades de bem agir. Ninguém, porém, pode abdicar da sua liberdade, porque, ainda quando dela quisesse desfazer-se, a estaria implicitamente afirmando.

### PARTE III

#### CAPÍTULO I

#### A escola positiva e o direito brasileiro.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Primeiros adeptos.* 3. *Reflexos nos autores contemporâneos.*

1. Seja porque se trata de doutrina filosófica acessível que não exige, portanto, maior maturidade e tradição especulativa, seja porque a França exerceu até pouco tempo — mais do que outros países — influência marcante na cultura brasileira, o fato é que o positivismo encontrou no Brasil adeptos tão entusiastas como talvez não tenham aparecido no próprio país de origem.

E se isso é verdade no que tange ao sistema filosófico, não deixa de ter cabimento quando se queiram apontar as ações e repercussões que a Escola Positiva de Direito Penal teve no panorama da criminologia pátria.

É difícil declinar, no campo do direito penal, além de alguns nomes sobejamente conhecidos, outros estudiosos que tenham sido positivistas ortodoxos. Mas tal dificuldade — cremos — é mais imputável à impressão que se tem de que as peculiaridades de cada autor induzem a subtrai-lo a qualquer enquadramento em esquemas ou escolas, do que ao conteúdo principal de suas idéias, que, como procuraremos demonstrar, em sua essência, denotam o bafejo da escola positiva.

Poder-se-á, pois, objetar que alguns dos autores que iremos apontar não foram estritamente positivistas, mas não se poderá negar que todos seguiram e aceitaram os postulados defendidos por FERRI e seus companheiros. As classificações só são possíveis — é óbvio — à custa de abstração e serão aceitáveis, por isso mesmo, não à medida que deixem de abstrair, mas desde que o critério usado seja coerente e fundamentado. Assim, estabelecidos que foram os denominadores comuns do positivismo, veremos que muitos criminalistas, quer o confessem quer não, traem a influência da escola penal bio-sociológica.

Num artigo intitulado *A cultura jurídica italiana no Brasil*, MIGUEL REALE assevera: “Foi, sem dúvida, primeiro no campo do direito penal, com grande alarde, embora nem sempre com o correspondente rigor crítico, que irromperam, pelos quadrantes do nosso direito, as novas idéias pregadas na Itália por homens como LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, que punham em suas lições um aliciante e apaixonado tom de apostolado. Num ambiente imbuído de ideologia científico-positiva, com forte tendência para as novidades culturais, as teorias da chamada escola positiva, em vigorosa polêmica com a escola clássica, e aberta para os problemas antro-po-sociológicos, seduziram os espíritos mais combativos, tornando-se quase uma palavra de ordem para as novas gerações”<sup>27</sup>.

2. Foi JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, lente da Faculdade de Direito de Recife, como bem observa EVARISTO DE MORAIS<sup>28</sup>, o primeiro a mostrar-se informado das teorias criminológicas de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, inculcando-as, em 1889, no seu *Comentário Filosófico-Científico do Código Criminal*. Veio assim a ser convidado a colaborar

---

27. MIGUEL REALE, *A cultura jurídica italiana no Brasil*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. I, São Paulo, 1959.

28. EVARISTO DE MORAIS, *Primeiros adeptos e simpatizantes no Brasil da chamada Escola Penal Positiva*, in Revista Forense, Fasc. 435, 1939, Rio de Janeiro.

na revista *La scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, quando se ultimavam, em abril de 1891, os preparativos de seu lançamento.

“Aceito o encargo, patenteou-se, imediatamente, a consideração da revista, que, no seu segundo número, se referiu encomiásticamente ao discurso que êle proferira como constituinte, no Congresso Nacional, em janeiro daquêle ano”<sup>29</sup>. E outro não foi o objetivo de sua primeira colaboração senão o de comprovar a acolhida que merecera entre nós a escola por êle denominada positivonaturalística.

Mercê do entusiasmo com que propugnava suas idéias, JOÃO VIEIRA conseguira atrair, para a escola positiva, a atenção dos seus colegas de magistério acadêmico do Recife, grangeando-lhe as simpatias de ADELINO FILHO e MARTINS JÚNIOR.

Pouco depois, na Bahia, sob o influxo dos trabalhos de NINA RODRIGUES em medicina legal e ciências correlatas, interessam-se pela Antropologia Criminal AFRÂNIO PEIXOTO, com a tese *Epilepsia e Crime* e MANOEL CALMON, com a monografia *Degenerados Criminosos*, demonstrando ambos, senão adesão à escola lombrosiana, pelo menos a afinidade que não podem deixar de ter os que se empenham no estudo da correspondência entre a constituição psico-somática do homem e a delinqüência.

Em São Paulo, sem falar das figuras que, no vasto campo do direito, esposaram idéias positivistas, entre os quais se salientam ALBERTO SALLES, PAULO EGIDIO e JOÃO PEREIRA MONTEIRO, na esfera mais restrita do direito penal e da criminologia bastaria atentar para o título da obra de CÂNDIDO MOTTA — *Classificação de Criminosos* — para incluir no rol dos adeptos do positivismo o seu autor, que fêz jus aos encômios do próprio LOMBROSO.

Apesar de se afastar da linha dos positivistas ortodoxos, como aliás obtempera com justeza o citado MIGUEL

---

29. EVARISTO DE MORAIS, Idem, *ibidem*.

REALE<sup>30</sup>, é inegável a assimilação, por parte de PEDRO LESSA, professor de filosofia do direito em São Paulo, de postulados e corolários da escola de FERRI. Assim é que, em *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminais*<sup>31</sup>, além de aceitar o determinismo, atribui à pena as seguintes finalidades: a) intimidar, servir de exemplo, atuar no espírito dos homens para que não pratiquem delitos; b) corrigir o delinqüente, quando possível; c) impossibilitar-lhe, temporária ou perpetuamente, a prática de novos crimes.

Coloca-se, pois, em posição contrária aos que vêm na pena uma função punitiva ou retributiva e considera a sanção criminal um meio de reabilitação do delinqüente ou, quando esta não fôr possível, de segregação, que lhe impeça reincidir.

Talvez pela singularidade do nome com que batizou o seu trabalho — *Do Genioide Alítrico* — como chega a conjecturar EVARISTO DE MORAIS —, permaneceu ignorado entre os prosélitos da escola o dr. JOÃO MARCOLINO FRAGOSO, não obstante tenha sido um dos seus mais fervorosos e fiéis propagandistas. Fazendo alarde de invulgar erudição e de grande probidade científica, a sua alentada tese inaugural, apoiada em exaustiva bibliografia, aprofunda-se na refutação das objeções que se erguiam na época contra a doutrina lombrosiana.

Decidido defensor da escola positiva é também FRANCISCO JOSÉ VIVEIROS DE CASTRO, promotor público, juiz e professor, que, em 1894, publica *A Nova Escola Penal*, em que enfeixou uma série de artigos elaborados para *O País*.

Não obstante a sua superficialidade — aliás explicável pela natureza jornalística dos escritos — insinuava, no

---

30. MIGUEL REALE, *Pedro Lessa e a Filosofia Positiva em São Paulo*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. IV, 1959, n.º 36, S. Paulo.

31. PEDRO LESSA, *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminais*, Tip. Duprat & Cia., S. Paulo, 1905.

prefácio, VIVEIROS DE CASTRO que magistrados, professores e advogados não eram capazes de entender LOMBROSO, FERRI, LACASSAGNE. Além de afirmar que seu livro era uma vulgarização das idéias e dos princípios da nova escola penal, obra de propaganda e de combate, proclamava enfaticamente: “A Itália, que já teve a honra de ser a pátria de BECCARIA, teve, de novo, a glória de ser a pátria de CESAR LOMBROSO. Uma nova escola se apresentou, formulando outros princípios, outras idéias, propagando-se como um rastilho de pólvora, conquistando as adesões dos espíritos mais eminentes”.

Merece ser incorporado às fileiras combativas dos representantes brasileiros da escola positiva o penalista ESMERALDINO BANDEIRA, cujas palavras, em matéria de política criminal, afastam qualquer equivocidade: “A cada delinqüente, certa pena, como a cada enfêrmo, certo remédio, embora êste e aquêles sofram ou façam sofrer a humanidade de um mal comum em sua classificação nosológica e em sua espécie legal. Impugnar a necessidade de adaptação do remédio e da pena à pessoa do criminoso e do doente, equivale a desconhecer o fato universal da individuação dos seres”<sup>32</sup>.

Outro jurista que tomou posição abertamente a favor da escola positiva foi ANTONIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, catedrático de direito criminal na Faculdade de Direito da Bahia. Sua obra *As três Escolas Penais*, transunto de suas lições, foi publicada em princípios dêste século, quando mais fortes sopravam os ventos da corrente italiana, quase que a alimentar as chamas do proselitismo que ganhava corpo em todos os países.

Várias passagens do capítulo final de sua tese evidenciam a adesão do espírito do autor aos postulados do grupo de FERRI, como se poderá constatar pela transcrição que se faz a seguir:

---

32. ESMERALDINO BANDEIRA, *Estudos de Política Criminal*, Rio, 1912, p. 11.

“Lançando um olhar de conjunto sôbre o caminho percorrido, vemos que a escola antropológica desfraldou, no campo da criminologia, uma bandeira revolucionária, iconoclasta mas regeneradora, porquanto ela contém um programa altamente reformador que constitui a glória dêsses ínclitos lutadores, paladinos das novas idéias, que, incendiados pelo calor da verdade, se atiraram à liça com denodado esfôrço e prodigioso valor, rasgando largos horizontes e abrindo novos caminhos completamente desconhecidos ao classicismo penal”<sup>33</sup>.

E mais adiante: “A escola antropológica nega o livre arbítrio, considerando-o uma ilusão subjetiva, desmentida pela físeo-psicologia positiva, e, coerente e lógica, não admite a responsabilidade moral dos indivíduos: neles apenas vê a responsabilidade social, que constitui o verdadeiro fundamento da responsabilidade penal dos malfeitores. O homem, pois, é penalmente responsável porque tem a responsabilidade social e tem a responsabilidade social porque vive em sociedade”<sup>34</sup>.

Prosseguindo afirma que a escola positiva proclama a “verdade evidente de que os crimes, como tôdas as outras ações humanas, resultam inelutavelmente de uma tríplice ordem de fatores: — antropológicos, físicos e sociais”<sup>35</sup>.

Depois de cotejar os princípios da escola antropológica e da escola crítica, vaticina com o otimismo e a ingenuidade própria da maioria dos positivistas: “Tudo, pois, nos leva a crer que muito breve, não obstante a eficaz resistência do misoneismo natural do espírito humano, a escola antropológica, aceita afinal pela unanimidade dos sábios criminalistas, terá conquistado definitivamente a palma da vitória nesta luta contínua de todos os dias em prol da verdade”.

---

33. MONIZ SODRÉ, *As três escolas penais*, Saraiva & Cia, 3a. Ed., S. P., 1928, p. 333.

34. Idem, *ibidem*, p. 335.

35. Idem, *ibidem*, p. 336.

3. Apontaremos alguns nomes da criminologia atual que, pela sua orientação, traem ascendência positivista. Assentada a premissa de que o adjetivo não tem para nós qualquer vislumbre pejorativo — pois no decurso dêste trabalho se salientaram os indiscutíveis méritos da escola — e feita a ressalva de que não se pretendem representantes puros — como talvez se pudessem encontrar nos alvares do movimento —, parece-nos imperiosa a citação de alguns autores, ainda que se corra, como é inevitável, o risco de incluir êste que — vendo-se indicado — negue quem sabe o “crime” de positivismo, e de omitir aquêle que — percebendo-se esquecido — reivindicue o mérito de ser arrolado.

ROBERTO LYRA, por exemplo, apesar de se ter proclamado “o primeiro a organizar e situar uma escola socialista de direito penal (II Conferência Inter-Americana de Advogados, Rio de Janeiro, 1943)”<sup>36</sup>, não pode deixar de ser lembrado como um dos juristas que assimilou e desenvolveu os germes do positivismo penal.

Não seria preciso mais do que reproduzir os postulados de sua escola — “responsabilidade social pròpriamente dita, com base na *periculosidade; sanções*, em regra não penais, efetivamente destinadas à *defesa*, não só da sociedade, como da civilização” — para aquilatar-se, sem resquício de dúvida, da linhagem de suas idéias. Acrescenta o autor que só o socialismo poderá extinguir ou transformar a criminalidade — a qual resulta de causas econômicas ou a estas ligadas. Mas, mesmo com tal adendo, não se desvia da linha positiva, antes se mantém no mesmo rumo.

Aliás, são do próprio ROBERTO LYRA estas palavras: “É à escola positiva que pertence o presente e, ainda mais, o futuro. Em *Novas Escolas Penais*, dissemos, há vinte anos, que a escola positiva foi um fenômeno de precoci-

---

36. ROBERTO LYRA, *Novíssimas Escolas penais*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1956, p. 10.

dade, antecipando-se à sociologia aplicada — o socialismo (Rio, 1936, pág. 97)”<sup>37</sup>.

Como se vê, a paternidade da chamada escola socialista dispensa processo de investigação. Não só a filiação é legítima, como também está provada por certidão de nascimento, revestida de tôdas as formalidades, inclusive as declarações do próprio pai..

Pela importância que atribuí ao conceito de periculosidade, pela necessidade que preconiza de aplicação das medidas de segurança sem delito, pelo papel preponderante que empresta à prevenção e, enfim, por encarecer a conveniência de imprimir ao tratamento penal uma função educativa, despida dos preconceitos de castigo e represália contra os criminosos e adequada a cada delinqüente, não se pode silenciar o nome de NOÉ AZEVEDO entre os cultores do direito penal mais sensíveis às reivindicações da escola positiva.

Em sua preleção de encerramento do ano letivo de 1950, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, lamenta, com efeito, o insigne mestre que a passagem do classicismo ao positivismo já tenha consumido três quartos de século<sup>38</sup>.

Já em 1927, em seu estudo sôbre *A Socialização do Direito Penal* mostrara que “as reformas penais até então propostas eram orientadas pelo pensamento da escola positiva, de pôr em primeira plana o delinqüente e em segunda o delito. O tratamento penal não devia consistir na dosagem de um mal a ser infligido ao delinqüente, proporcional ao que êle causara. O seu objetivo principal tinha de ser o da reeducação do criminoso e sua consequente reintegração no ambiente social”<sup>39</sup>.

Uma das inúmeras conseqüências práticas do influxo das idéias positivistas, no setor criminológico, em nossa

---

37. ROBERTO LYRA, Idem, ibidem, p. 56.

38. NOÉ AZEVEDO, *Política Criminal sem Preocupações Metafísicas*, in Revista dos Tribunais, vol. 190, p. 3, São Paulo, Março de 1951.

39. NOÉ AZEVEDO, Idem, ibidem, p. 4.

terra, foi a criação por LEONÍDIO RIBEIRO, em 1932, no Instituto de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal, de um Laboratório de antropologia criminal destinado a realizar pesquisas sôbre as causas da delinqüência no meio brasileiro. Seu trabalho sôbre a biotipologia dos negros criminosos foi laureado em concurso internacional, com o prêmio LOMBROSO de 1933, na Itália. A Comissão, composta de MARIO CARRARA, GINA LOMBROSO e RUGGERO ROMANESE, assim se manifestou a respeito: “esta obra reúne ao interêsse e ao valor doutrinário o merecimento de uma fecunda e imediata realização prática que não se limita ao presente porque se projeta no futuro. Ela rasga para a antropologia criminal, no Brasil, um futuro e permite um desenvolvimento fecundo em novas observações e aquisições”.

Para se julgar da fidelidade e do entusiasmo dêste adepto da escola criminal italiana basta transcrever suas palavras, que valem por uma profissão de fé: “A escola positiva se afirma, na legislação moderna, através do critério central da periculosidade do réu, pondo em vigor uma justiça eficaz e prática, humana e justa, permitindo a defesa da sociedade por meio de medidas de segurança que exigem o conhecimento da personalidade integral do criminoso”.

Defende LEONÍDIO RIBEIRO a colaboração e entrosamento da medicina e do direito, o papel indispensável de psiquiatras e antropologistas na aplicação e execução da pena e a formação especializada dos juizes criminais. Propugna ainda a instalação de Institutos de Antropologia Criminal nas penitenciárias, de maneira a tornar possível a organização de fichas biográficas.

Finalmente, não se podem encerrar estas linhas sôbre a influência da escola positiva no pensamento brasileiro sem mencionar os estudos e pesquisas antropológicas que, seguindo uma trilha aberta por LOMBROSO, foram e continuam sendo realizados por médicos, psicólogos e psiquiatras. Abstração feita de qualquer sectarismo, é preciso salientar que tais estudiosos sòmente tiveram possibilidade

de se interessar pelo problema criminal, graças à poderosa *vis atractiva* que, como consequência da orientação psico-somática da escola positiva, o direito penal veio a exercer em relação às ciências psico-biológicas. Alguns dos muitos exemplos que se poderiam citar podem ser encontrados nos escritos *Hereditariedade e Crime* e *A Genética e a Herança Criminal* de ALMEIDA JUNIOR, *Biotipologia* de W. BERARDINELLI, *Manual de Criminologia* de HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO.

## CAPÍTULO II

### A “exposição de motivos” do código penal.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A responsabilidade penal.*  
3. *A aplicação da pena.* 4. *As medidas de segurança.* 5.  
*Conclusão.*

1. Não é novidade que a lei brasileira se tenha inspirado, pelo menos em parte, nos princípios da escola positiva. Trata-se antes de especificar em que medida os corolários positivos se acham presentes no código: em outros termos, se a influência da escola de FERRI foi tão decisiva que imprimiu nova orientação ao direito penal ou se, pelo contrário, se limitou à adoção extrínseca de certos institutos, como o das medidas de segurança.

A exposição de motivos do projeto que, em 1940, foi convertido em lei — como, de resto, todos os relatórios do mesmo gênero — não pode ser interpretada ao pé da letra, porque sucede freqüentemente que as concessões tenham sido mais numerosas e profundas do que se aperceberam os próprios autores.

É de se notar, desde o início, que o ministro FRANCISCO CAMPOS, ao apresentar o projeto à sanção presidencial, se vangloria do que, no fundo, é o mais grave defeito do diploma legal: isto é, do fato de que, no código, os

postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da escola positiva.

Com efeito, o conúbio do determinismo e do livre arbítrio não poderia senão conduzir à soma de erros das duas correntes. De outro lado, a pretensão de manter-se “indiferente à interminável e insolúvel discussão metafísica” entre as duas posições filosóficas, ao mesmo tempo que aceita o postulado da responsabilidade moral, nos faz lembrar o episódio de SCIPIÃO NASICA que respondeu a ÊNIO, que o procurava, que não estava em casa.

Procuraremos, primeiramente, examinar até que ponto a interpretação dada pelo ministro corresponde ao verdadeiro conteúdo da lei.

2. Afirma-se, na exposição de motivos que precede o projeto: “A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”.

Dizer que a responsabilidade moral é base da penal deveria querer dizer que a lei brasileira adotou o princípio regulador pelo qual, tôda vez que um indivíduo venha a ser considerado legalmente responsável, isto sucede apenas enquanto o indivíduo o é também moralmente, isto é, enquanto sabia que estava agindo mal, previu o resultado, que podia evitar e, por isso, deve ser punido.

Ora, quando o art. 16 estabelece que “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”, estamos diante de uma norma que faz responsável (legalmente) também o que não o é ou pode não sê-lo (moralmente).

De outro lado, se o critério da retribuição é inseparável da responsabilidade moral, como se explicam a prescrição (art. 109), a impunibilidade do crime impossível (art. 14), a aplicação da lei posterior quando comina pena mais suave e a inexistência de sanção ao delito que a lei ulterior deixa de considerar como tal (art. 2.º)? Se

o fundamento é ético, porque são considerados casos de impunibilidade o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 27)?

Poder-se-ia redarguir que, embora todos os casos de punição de crimes tenham ou possam ter um fundamento moral, há ações imorais que se subtraem à consideração jurídica. Esta resposta, porém, que poderia satisfazer para a maioria dos casos — porquanto à preservação dos institutos sociais que o direito tem o fim de defender é útil, quase sempre, a obediência aos preceitos da moral — não teria valor no caso do artigo 16, isto é, quando o agente ignora que o seu ato seja um crime.

Mas é o próprio ministro quem se encarrega de afirmar que nem sempre a lei coincide com a moral. Com efeito, comentando o “sursis” e o livramento condicional, apercebe-se de que, enquanto o “sursis” é concedido aos condenados ao máximo de dois anos, não poderão beneficiar-se da liberdade condicional aquêles a quem tenham sido impostos menos de três anos. Por conseguinte, quem receber uma pena de dois anos e um dia deverá cumprir no cárcere mais do que quem, condenado a três anos, obtiver a liberdade condicional depois de um ano e meio.

Desculpa-se o ministro: “mas é de advertir que o direito penal tem de atender a critérios utilitários ou de política criminal, que nem sempre coincidem com os de uma justiça ideal”.

O princípio da responsabilidade legal ou material, pois, que fôra expulso pela porta, é readmitido pela janela, aliás, por mais de uma janela. A lei penal não pretende fazer justiça no sentido moral ou religioso, mas fixa a responsabilidade pelo próprio fato de que o indivíduo tenha sido o autor do crime, ainda que acreditasse praticar uma ação não delituosa e, de outro lado, deixa impune aquêles que, querendo praticar o ato e ciente de seu caráter ilegal, não o consegue por ineficácia absoluta de meio ou por absoluta impropriedade do objeto (crime impossível). E, neste último caso, não se aplica sequer

a medida de segurança, a não ser que se verifique a periculosidade do agente.

E é de se notar que, entre os critérios que o código adota para presumir a periculosidade (art. 78), há casos em que a responsabilidade do agente é excluída (como acontece com os irresponsáveis) ou diminuída (como sucede com os habituais e os de responsabilidade atenuada).

3. Na individuação da pena é patente a marca positivista. “O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e conseqüências, mas também o delinqüente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu — o que importa dizer que serão pesquisados o seu *curriculum vitae*, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto no crime)”.

Neste período da exposição de motivos encontram-se os princípios fundamentais da escola positiva: individuação da pena, consideração do delinqüente na sua história, exame da periculosidade como critério de imposição de medida de segurança e da pena.

Se não bastassem tôdas estas explicitas afirmações, poderia negar orientação positivista quem julga o delinqüente examinando os seus *fatôres*? Haverá termo de paternidade menos discutida?

O juiz não só dispõe de autonomia ao atribuir ao réu uma pena entre o máximo e o mínimo previstos pela lei,

como também pode escolher entre sanções alternativas aquela que, a seu critério, melhor corresponda ao caso concreto.

4. As medidas de segurança são aplicáveis “post delictum” e pressupõem sempre a periculosidade do agente. Não dependem do fato delituoso apenas no caso de crime impossível ou na hipótese de instigação, ajuste e auxílio que não tenham por consequência sequer o crime tentado.

A sua duração é indeterminada, isto é, enquanto perdurar “o estado perigoso”. Têm, porém, um mínimo, proporcional à gravidade do crime.

Se fôsse verdade que a medida de segurança é de natureza completamente diversa da pena, não deveria ter uma duração mínima, nem mesmo em tese. Isso porque, se o seu critério é a periculosidade, cessada esta, deveria cessar a medida.

É certo que o código penal, no seu art. 81, n.º III, admite a revogação da medida “em qualquer tempo, desde que o determine a Superior Instância”. E, nesse particular, foi tanto mais feliz do que o diploma legal italiano, quanto mais se aproximou do espírito da escola positiva. Mas, mesmo assim, não pode subtrair-se à pecha de incongruente o legislador que, após estabelecer um mínimo, abre a possibilidade para a revogação em qualquer época. Tal ilogicidade bem como a proporção estabelecida em princípio pelo código entre a duração mínima da medida aplicável aos irresponsáveis e o mínimo da pena prevista para o mesmo crime cometido por um responsável (art. 91) são um injustificável resíduo da mentalidade clássica. Com efeito, se o agente é irresponsável, não se pode recorrer, no que lhe diz respeito, ao critério da gravidade ou da retribuição. Se possui alguma responsabilidade, pelo que a duração do seu internamento no manicômio não depende da sua periculosidade, mas da ação efetivamente praticada, então a medida de segurança não se distingue fundamentalmente da pena. E, ainda uma vez, não tem razão o autor da “exposição de

motivos” quando afirma que “as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena. Diferem desta, quer do ponto de vista teórico e prático, quer do ponto de vista de suas causas e de seus fins.. ”

O código brasileiro segue o modelo italiano quando faz preceder de disposições gerais a divisão e a enumeração das diversas medidas de segurança, as quais se subdividem em: 1) patrimoniais e 2) pessoais.

As patrimoniais são: “interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou de associação” e o “confisco”.

As pessoais bifurcam-se em *detentivas*: internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento, internação em colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; e *não detentivas*: liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, exílio local.

5. Mais do que “causa comum” no sistema do código, os postulados positivos e os princípios clássicos fazem confusão. O que não impede afirmar que da escola clássica foram conservados muitas vezes os termos e raramente o espírito. Com efeito, a fisionomia da lei penal brasileira é predominantemente positivista. Não bastassem a aceitação implícita do princípio da responsabilidade legal ou material, a adoção do critério da periculosidade quer na aplicação das medidas de segurança, quer na fixação da pena, a concessão de um poder discricionário ao juiz, o discurso dos fatores no esforço para conhecer o delinquente na sua história, outros corolários da escola positiva se acham presentes no código:

1) A irresponsabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitos às normas de uma legislação especial (art. 23), constitui um reconhecimento de que a mudança das condições morais e materiais pode restituir à sociedade elementos que, pela sua pouca idade, justificam, em regra, maior esperança de reabilitação.

2) A abolição do isolamento celular diurno (art. 20) atende ao critério positivista de que a pena não deve retri-

buir, impondo a segregação como castigo, mas visa recuperar para o convívio dos semelhantes.

3) A lei prevê a remuneração do trabalho carcerário, que pode ser escolhido pelos condenados à pena de detenção, conforme a sua aptidão e a sua ocupação anterior (art. 29 § 1.º e art. 31). O aproveitamento do delinqüente nas suas funções normais torna menos odiosa sua prisão e mais provável sua volta ao seio da família e da sociedade.

4) A abolição prática das penas de breve duração, através do instituto do *sursis* (art. 57), revela a preocupação de não afastar do grupo social pessoas de pouca ou nula periculosidade que, por isso mesmo, dificilmente voltarão a transgredir a lei.

5) Maior variedade das sanções. *Penas principais*: 1) Reclusão; 2) Detenção; 3) Multa. *Penas acessórias*: 4) perda de função pública, eletiva ou de nomeação; 5) interdições de direitos; 6) publicação da sentença. *Medidas de segurança*: 7) manicômio judiciário; 8) casa de custódia ou de tratamento; 9) colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; 10) liberdade vigiada; 11) proibição de frequentar determinados lugares; 12) exílio local. A diferenciação das sanções atende ao esforço da escola positiva de ajustar as medidas de defesa social ao delinqüente.

6) Inexecução da pena de multa em caso de insolvabilidade absoluta do condenado. Mais uma vez a implícita aceitação de que o castigo não é um fim que mereça ser perseguido em si mesmo, tanto que, em certos casos, pode ser inútil e até prejudicial.

7) A concessão de “*sursis*” mesmo a quem tenha sido condenado à pena de reclusão não superior a dois anos, desde que sua idade seja inferior a 21 ou superior a 70 anos, reflete a orientação positivista de levar em conta as peculiaridades do infrator, visando — no caso dos menores — principalmente a sua recuperação e — na hipótese dos anciãos — a sua menor periculosidade.

### CAPÍTULO III

#### O código brasileiro e o projeto Ferri.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Responsabilidade.* 3. *O delito e o delinqüente.* 4. *As sanções.* 5. *Conclusão do capítulo e do ensaio.*

1. Muitos são os pontos de contacto entre o diploma penal do Brasil e o projeto elaborado pelo sistematizador da escola positiva.

Assim, começando pela distribuição da matéria tratada, pode-se observar que FERRI, depois dos preceitos relativos à aplicação da lei no espaço e no tempo, afirma que a parte geral (Livro I) deve seguir um critério lógico, correspondente à ordem natural dos fatos, razão pela qual antes devem ser estabelecidas as normas concernentes ao *delito* (Título I), depois as referentes ao *delinqüente* (Título II) e, afinal, as disposições alusivas às *sanções* (Título III).

O esquema do código brasileiro é o mesmo: A parte geral possui um primeiro título que compreende “a aplicação da lei penal”. O segundo título trata do crime e o terceiro da responsabilidade, parte que, em certo sentido, corresponde à do delinqüente do projeto FERRI, se se levar em conta que a lei brasileira não apresenta uma classificação metódica dos delinqüentes, não obstante pressuponha várias categorias.

Finalmente, do título quinto ao título oitavo, situa-se, respectivamente, a matéria relativa às *penas, medidas de segurança, ação penal e extinção da punibilidade*. Tudo isso obviamente se contém no capítulo das *sanções*.

Como dissemos, esta ordem foi seguida por FERRI para que o processo legal obedecesse à sucessão natural dos fatos: cometido um *crime* previsto pela lei, deve-se procurar conhecer o *delinqüente* para que lhe seja apli-

cada a *sanção* adequada. E é louvável que o legislador brasileiro tenha seguido o mesmo critério.

FERRI propunha substituir condenado a punido. A lei brasileira, adotando o termo agente, foi duas vezes feliz: de um lado, porque elimina qualquer conotação ético-religiosa do indivíduo que infringe a norma jurídica; de outro, porque todos os transgressores — mesmo os chamados irresponsáveis — são agentes, isto é, são sujeitos dos seus atos e, pois, não são agidos.

Não nos resta, agora, senão estabelecer um confronto entre o diploma legal brasileiro e o *código-tipo* da escola sociológica, isto é, o projeto FERRI, o qual atuou a inteira doutrina positiva, quer no que encerrava de verdadeiro e coerente, quer na contradição implícita a que não consegue subtrair-se todo determinismo. Os princípios fundamentais do positivismo penal podem ser resumidos em três conceitos: a) responsabilidade legal ou material, por força da qual o indivíduo é feito responsável; b) crime como fato natural; c) sanção como defesa social.

2. Devem distinguir-se três conceitos da responsabilidade para que resulte clara qualquer consideração sobre o problema penal. Com efeito, o uso inadequado dos termos torna inconcebível o que possui também o seu sentido, desde que sejam feitos os devidos esclarecimentos.

a) O primeiro e autêntico conceito da responsabilidade é o moral, fundado na liberdade positiva ou efetual do sujeito. Em outros termos, para julgar moralmente responsável um indivíduo, não basta admitir a existência daquela liberdade fundamental pela qual todos os homens são livres, pelo fato de serem homens; nem é suficiente reconhecer que o sujeito teve aquela liberdade psicológica pela qual pôde prever a consequência da sua ação e sabia o que fazia enquanto estava agindo; mas é necessária aquela liberdade histórica que nos explicará que foi livre não só porque previu o resultado e teve consciência dos seus atos, mas também porque não sofreu nenhuma coação

ou ameaça, não se encontrava em estado de necessidade ou de legítima defesa.

b) Pela *responsabilidade legal* “somos feitos” responsáveis pelo próprio fato de termos sido os autores de um crime. Neste caso, a lei procura induzir a vontade em certa direção, supondo o seu efeito automático de intimidar. Ao contrário do que acreditavam os positivistas, a responsabilidade legal só pode ser admitida como princípio regulador do direito penal sob a condição de que se aceite que os homens são livres. Para quem queira valer-se dêste aspecto da responsabilidade, o escopo do direito não seria o de punir conforme a culpa, mas o de defender a sociedade também contra os que, sendo mais perigosos, tenham menos culpa. A responsabilidade legal pressupõe uma vontade consciente, mas não procura indagar a culpa moral e sim a periculosidade social.

c) A *responsabilidade material* recai sôbre o individuo, não por ter sido autor de um crime, mas pelo fato de encontrar-se na situação daqueles aos quais caberá certa sanção, desde que se verifiquem determinadas circunstâncias. Desta responsabilidade são exemplos o ressarcimento por parte do preponente dos danos causados pelo preposto e a indenização por acidente do trabalho, em que se prescinde da indagação da culpa efetiva da vítima. A responsabilidade legal e material não são concebíveis fora do campo jurídico e se distinguem conforme a finalidade da sanção: se é a de intimidar, temos a primeira; se não se leva em conta a previsibilidade, a segunda.

A escola positiva aceita a responsabilidade material, isto é, não atribui tanto à pena uma finalidade intimidativa quanto a de defesa social. São, com efeito, expressivas as palavras de FERRI a respeito:

“Esclusa invece dal “ministero punitivo” esercitato dallo Stato qualsiasi pretesa di misurare e castigare la colpa o responsabilità morale del delinquente (che può spettare all'autorità religiosa per i credenti o può interessare le dottrine filosofiche od il sentimento comuné);

e riconosciuto nello Stato il solo diritto proveniente dalla necessità dell'esistenza sociale, di provvedere alla difesa dei cittadini onesti contro i delinquenti, ne viene necessariamente la conseguenza che dalla imputabilità materiale deriva indissolubilmente la imputabilità legale”<sup>40</sup>.

É verdade que FERRI não exclui inteiramente a possibilidade de intimidar da sanção, mas lhe empresta um valor negligenciável e, neste particular, se aproxima da coerência, porque, em face do determinismo, não pode subsistir a intimidação.

O primeiro conceito de responsabilidade moral é o único conceito que se pode e deve considerar como filosófico ou absoluto, porque é precisamente o único conceito possível a que se possa recorrer na tentativa — jamais, de resto, plenamente atingível — de avaliar moralmente e também juridicamente (desde que seja o critério adotado pela lei positiva) a conduta do homem.

Os outros dois conceitos pertencem à esfera jurídica e, por isso, são de âmbito mais restrito. São conceitos autênticos de uma específica responsabilidade legal ou material, mas seriam insustentáveis quando se tivesse a pretensão de encarar cada um deles como o conceito fundamental da responsabilidade.

Embora os conceitos de responsabilidade legal e material tenham surgido como sucedâneos da responsabilidade autêntica — que as doutrinas deterministas não sabiam justificar —, o fato é que também estas acepções particulares da responsabilidade pressupõem sempre a liberdade. Ainda quando se diz que a responsabilidade legal se dirige à vontade no sentido de intimidar, ao passo que a material prescinde de qualquer consideração da vontade do agente, no fundo sabemos — e nunca será demais repeti-lo — que nenhuma doutrina ou afirmação ou palavra poderia possuir um valor sem pressupor a liberdade.

---

40. ENRICO FERRI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano*: delliti (libro I), Milano, Vallardi, 1921, p. 3-14.

O positivismo aceitou o princípio da responsabilidade material, embora a chamasse legal ou social. Não se procura saber se o agente previu o resultado, se os seus motivos foram consciêntes ou inconsciêntes. Quem comete o crime é responsável, excluidos os casos de justificação do fato.

Se se afirma, por exemplo, que uma legislação deve inspirar-se nos princípios da responsabilidade moral, é possível que se queira dizer que — se bem que a finalidade do direito seja a de preservar a ordem constituída — a lei deve procurar punir sòmente quando o sujeito seja também passível da condenação moral. Mas ver-se-á, neste caso, que quase todos — senão todos — os ordenamentos jurídicos não atuam de fato tal princípio e, por consequente, nos deveremos convencer de que se pode tratar de um ideal, mas não de um fundamento absoluto do direito penal.

É válida, de outro lado, a assertiva de que o pressuposto de certo código é a responsabilidade legal porque tem por fim intimidar e, pois, prevenir a prática de crimes.

Terá, enfim, razão quem declarar que, em certos casos, se obedece ao critério da responsabilidade material — mercê da qual a lei não cuida do valor moral nem da previsibilidade da ação — mas fixa uma sanção para quem se encontrar numa situação definida pelo código. Mas, quer neste quer no caso anterior, os dois critérios jurídicos da responsabilidade não excluem que, fora da consideração do direito, se possa e se deva procurar uma avaliação moral das ações humanas.

Ora, o ministro FRANCISCO CAMPOS diz que o código penal aceita o princípio da responsabilidade moral, porque vê no direito penal uma disciplina de caráter ético. Mas sabemos que o fundamento absoluto do direito não pode ser a eticidade, a qual, de outro lado, poderá erigir-se em princípio regulador da lei. Mas nem é êste o caso do diploma penal brasileiro, que não poderia, em nome de tal princípio, ter adotado as medidas de segurança.

O próprio FERRI lembra que, em 1879, o ministro MANCINI afirmava não ter “*commesso alcun reato colui il quale non comprese quello che fece, che non ebbe coscienza dei suoi atti, che perciò fu dichiarato innocente in faccia alla legge e irresponsabile. Non vi ha dunque motivo giuridico perchè egli decada dall’esercizio del go-dimento di quella libertà, che non si nega a tutti gli altri infelici, travagliati dalla stessa sua malattia*”<sup>41</sup>.

E também ALIMENA repetia as mesmas idéias, dizendo que “*i manicomi giudiziari sono, come concetto, illegittimi e praticamente assurdi*”<sup>42</sup>.

Se o código, pois, se ocupa dos irresponsáveis (art. 22) e o juiz — não o médico — lhes applica uma medida de segurança, não se pode negar que o irresponsável é um sujeito passivo de direito e que as medidas de segurança e as penas se incluem nas espécies de que é conceito genérico a sanção.

Devemos, assim, concluir que o código brasileiro, colocando no âmbito das suas sanções os irresponsáveis e os agentes de responsabilidade restrita e negando a exclusão da pena nos casos de ignorância ou errada compreensão da lei, se baseia, efetivamente, no critério da responsabilidade material.

3. Para a escola positiva o interesse não deve recair no crime, mas no criminoso. E, por isso, com o fim de tornar mais fácil a individuação da pena, FERRI classifica os sujeitos do direito penal em: loucos, natos-incorrigíveis, habituais, ocasionais e passionais.

Também a lei brasileira, implicitamente, os classifica: a) de um ponto de vista que se poderia dizer da habitualidade, são previstas três categorias: primários, reincidentes (art. 78, IV) e membros de associações de delinquentes (art. 78, V); b) segundo o critério da responsabilidade,

---

41. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, Ed. Torinese, p. 678.

42. BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, Vol. I, 1910, p. 489.

podem considerar-se três grupos: normais, irresponsáveis e de responsabilidade restrita (art. 22).

É possível estabelecer uma correspondência entre as categorias de FERRI e as do código brasileiro: os primários e os normais poderiam ser incluídos no grupo dos ocasionais e passionais; os reincidentes e os membros de associações de delinquentes enquadram-se praticamente nos habituais; os irresponsáveis e de responsabilidade restrita compreendem, conforme o caso, os loucos e os natos-incorrigíveis.

É preciso lembrar que, para a escola positiva, a classificação dos delinquentes não é uma imposição de ordem teórica, mas prática. O que importa é a finalidade: individuar a sanção aplicável.

E a este princípio fundamental obedece a lei brasileira, quer concedendo maior arbítrio ao juiz, quer fixando estas categorias implícitas, quer, enfim, prevendo circunstâncias atenuantes e agravantes.

A concepção positiva do crime pode resumir-se nas seguintes palavras de FERRI: “Com a teoria objetiva materializa-se a justiça penal, dando valor tirânico aos resultados materiais e exteriores da ação humana e beneficiando assim também os delinquentes mais perigosos à custa das accidentalidades que lhes foram favoráveis (delito falho): com a teoria subjetiva espiritualiza-se unilateralmente a justiça penal, dando valor tirânico à mera intenção, separando-a da sua atividade exterior e da sua personalidade.

Considerando, ao contrário, o crime como “um fato natural e social” e, para a defesa social, como sintoma da periculosidade do delinquente, é lógico que a tentativa do delito é já uma perfeita manifestação concreta da personalidade anti-social do seu autor. Mas a consumação jurídica e a realização material têm um valor complementar para precisar a periculosidade do delinquente”<sup>43</sup>.

---

43. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, Ed. Torinese, 1928, p. 636/7.

O critério da periculosidade foi adotado pelo código brasileiro, expressamente, na aplicação das medidas de segurança seja aos que a lei (art. 78) presume temíveis — irresponsáveis, de responsabilidade restrita, ébrios habituais, reincidentes e membros de organizações de malfeitores — seja aos que o juiz, pelo exame da sua personalidade e antecedentes bem como dos motivos e das circunstâncias do crime, julgar perigosos (art. 77).

Mas a temibilidade é também o critério da aplicação da pena. Com efeito, o art. 42 estabelece que o juiz escolherá a pena e lhe fixará a quantidade, dentro dos limites previstos, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime.

Acham-se presentes neste preceito todos os elementos contidos no art. 20 do projeto FERRI em que se define o critério positivista da aplicação das sanções: “Nos limites assinalados pela lei, a sanção aplica-se ao delinqüente conforme a sua periculosidade. O grau de periculosidade determina-se conforme a gravidade e modalidade do fato delituoso, os motivos determinantes e a personalidade do agente”. Entre os dispositivos acima transcritos há coincidência não só de conteúdo mas até mesmo de expressões verbais.

E, se levarmos em conta que também as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas e específicas, se referem de preferência aos motivos e às condições em que se encontrava o agente, isto é, à sua periculosidade, deveremos reconhecer que, ainda uma vez, o código penal do Brasil revela orientação positivista.

4. Para a escola positiva o escopo das sanções é a defesa social. O projeto FERRI applicava sanções (penas e medidas de segurança) a todos os que eram legalmente responsáveis.

O código brasileiro distingue, é verdade, o grupo dos normais e de responsabilidade restrita e o dos irrespon-

sáveis: ao primeiro são cominadas penas e medidas de segurança; ao segundo, tão só medidas de segurança.

Mas, distinguindo assim os agentes em responsáveis, semi-responsáveis e irresponsáveis, afastava-se apenas formalmente do que dizia FERRI: “E poichè per ogni fatto umano dalla esteriore immaterialità dell’atto bisogna risalire alla condizione psicologica che lo ha determinato, così per quanto riguarda l’elemento soggettivo, gli autori dei fatti delittuosi si distinguono in delinquenti a condizioni psichiche comuni, in delinquenti infermi di mente e in delinquenti a sviluppo psichico normalmente immaturo”<sup>44</sup>.

Ademais, o critério positivista da indeterminação das sanções foi acolhido para as medidas de segurança — que não têm prazo máximo nem, a rigor, mínimo — assim como para a escôlha e fixação quantitativa das penas, as quais, embora devam conter-se nos limites legais, têm grande flexibilidade.

Acreditamos, enfim, que, no código, a distinção entre pena e medida de segurança é meramente extrínseca: podem ambos os conceitos ser compreendidos no gênero da sanção, são ambas aplicadas pelo juiz, são uma e outra impostas coercitivamente; ademais, como a pena, a medida de segurança pode ser detentiva e pode recair em “delinquentes de condições psíquicas comuns” ou responsáveis.

SPIRITO observa com razão que seria justificada a distinção entre pena e medida de segurança se estas fôsem aplicáveis apenas aos não imputáveis moralmente. No fundo da distinção, está a dupla exigência de uma pena, entendida no sentido clássico de retribuição moral e jurídica, e, de outro lado, de uma sanção, entendida no sentido positivista de defesa social, despreocupada de qualquer avaliação moral e de toda consideração de caráter genuinamente jurídico.

---

44. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Ed. Torinese, Torino, 1928, p. 680.

E esta dupla exigência não conduz a uma incompatibilidade por força da qual só se poderia satisfazer àquela tendência da justiça de retribuir e avaliar também moralmente o ato, se se renunciasse ao critério da defesa social. Pelo contrário, se se reconhece ao Estado o direito de promulgar a sua lei — que tem por objetivo fundamental a preservação das suas instituições —, ver-se-á que os preceitos positivos poderão ser em boa parte morais, sem que se exclua a possibilidade de normas que, inspiradas na defesa social, não tenham conteúdo ético e à norma se possam opor.

A coexistência, pois, de penas e medidas de segurança pode justificar-se, embora os juristas que as juntaram não tivessem ainda consciência dos princípios teóricos ou filosóficos capazes de dar consistência ao seu senso comum. Mas, sob êste aspecto, pode-se dizer que a função da reflexão filosófica é precisamente a de justificar o *bom senso* dos que têm razão sem saber porque.

Não é necessário, pois, que se reduzam as penas às medidas de segurança — como propunha SPIRITO — nem que as medidas sejam absorvidas pelo conceito de pena. Podem subsistir as duas ordens de preceitos porque não são incompatíveis, aliás podem coexistir sob o conceito mais amplo de sanção — que atua no campo específico do direito — o qual pode coincidir mas não é necessário que sempre coincida com o moral.

Em outros termos, o fundamento último do direito repousa no Estado. Mas isso não implica que o critério e fim do direito positivo tenha que se inspirar no interesse do Estado. Quando se diz que o fundamento absoluto do direito reside no Estado, o que se quer dar é o princípio filosófico ou puro de todo direito, no sentido de que valha para qualquer ordenamento positivo, independentemente das determinações empíricas. Evita-se, com isso, que interesses e critérios específicos de uma época e de uma sociedade — e, por conseguinte, transeuntes e não necessários — se elevem à posição de princípios absolutos. Mas êste reconhecimento do fundamento de

todo e qualquer Estado não nos impede a nós — homens da nossa época e do Estado em que vivemos — de julgar qual tenha que ser a finalidade do nosso direito positivo.

E é por isso que nos sentimos autorizados a dizer que, mais do que uma redução das penas (como castigo) às medidas de segurança (como garantia social), ou mesmo destas àquelas, se pode e deve elevar a ação do direito penal ao conceito de sanção, que melhor poderá desempenhar a sua função de preservar as instituições, se tiver por fim a educação, a emenda, a readaptação do indivíduo à sociedade, para o bem de todos.

5. Pode-se dizer, portanto, que o código se inspira nos princípios da escola positiva, quer no que se refere ao conceito da responsabilidade, quer no que concerne ao maior interêsse pelo delinqüente, quer ainda pelo amplo poder concedido ao juiz de individuar as sanções, quer enfim pela importância que no seu sistema assume o critério da periculosidade. É verdade que não parte de um determinismo filosófico, que, de resto, já não encontrará adeptos nem mesmo entre os próprios positivistas capazes de alçar-se a um mais alto plano crítico.

Não se subtrai o código a um ecletismo. Mas o seu compromisso é mais formal do que real. Do ponto de vista da linguagem, ao lado de têrmos característicos de um positivismo avançado e consciente, conserva expressões que lembram o abstratismo da escola clássica.

O conteúdo, porém, é predominantemente positivista. Que importa se os agentes são chamados loucos ou irresponsáveis se, num caso como noutro, lhes é aplicada a mesma sanção? Qual é a diferença substancial entre pena e medidas de segurança se são previstas pelo mesmo código, atribuídas pelo mesmo juiz e inspiradas no mesmo critério?

Dir-se-ia mesmo que o legislador brasileiro, impressionado pelo progresso da mecânica, se tivesse apressado a dotar-se de um possante carro último tipo, com todos

os melhoramentos da técnica moderna. Mas, por amor à tradição, preferisse chamá-la carroça motorizada.

Todavia, o inconveniente maior não foi éste, mas o fato de que o Brasil não dispunha de estradas adequadas e de suficiente combustível para fazer com que a máquina se movesse. E talvez bem poucos a soubessem dirigir. Mas esta já é outra história...

### Bibliografia

- ARDIGÒ, ROBERTO; *Opere filosofiche*, Padova, Draghi, 1901.
- AZEVEDO, NOÉ; Política criminal sem preocupações metafísicas, in *Revista dos Tribunais*, vol. 190/3, março de 1951, São Paulo.
- BANDEIRA, ESMERALDINO; Estudos de política criminal, Rio, 1912.
- BETTIOL, GIUSEPPE; *Diritto penale (Parte generale)*, II, *Ed. aggiornata*, G. Priulla Editore, Palermo, 1950.
- BOVIO, GIOVANNI; *Saggio critico del diritto penale*, Napoli, N. Jovene Ed., 2a. ed., 1876.
- COSTA, FAUSTO; *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino Fratelli Bocca Editori, 1928.
- FERRI, ENRICO; *Principii di diritto criminale*, Ed. Torinese, Torino, 1928.
- GARCIA, BASILEU; Instituições de Direito Penal, vol. I, 3a. edição, Max Limonad, São Paulo, 1956.
- GAROFALO, RAFFAELE; *Criminologia*, ed. it., 1885.
- GENTILE, GIOVANNI; *Le origini della filosofia contemporanea in Italia*, II, *I positivisti*, Sansoni, Firenze, 1957.
- GRISPIGNI, FILIPPO; *Diritto penale italiano, Nuova ristampa della 2a. ed. con appendici*, Milano, A. Giuffrè Ed., 1952.
- LESSA, PEDRO; *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminais*, Duprat & Cia, São Paulo, 1905.
- LOMBARDI, FRANCO; *Il concetto della libertà*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1a. ed., 1955.
- LOMBARDI, FRANCO; *La nascita del mondo moderno*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1953.
- LOMBARDI, FRANCO; *La Libertà del volere e l'individuo*, Milano, Fratelli Bocca, 1941.
- LOMBARDI, FRANCO; *Ricostruzione filosofica*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1956.

- LOMBROSO, CESARE; *L'uomo delinquente*, 3a. edizione, vol. III, 1884.
- LYRA, ROBERTO; *Novas escolas penais*, Est. Graf. Canton & Reile, Rio, 1936.
- LYRA, ROBERTO; *Novíssimas escolas penais*, Ed. Borsoi, Rio, 1956.
- MOLESCHOTT, G.; *La circolazione della vita*, trad. della 4a. ed. tedesca, Milano, 1869.
- MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, A.; *As três escolas penais*, Saraiva & Cia., 3a. ed., São Paulo, 1928.
- MORAES, EVARISTO DE; *Primeiros adeptos e simpatizantes no Brasil da chamada "Escola penal positiva"*, in Revista Forense, Fasc. 435, setembro de 1939, Rio.
- REALE, MIGUEL; *A cultura jurídica italiana no Brasil*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. I, 1959, S. Paulo.
- REALE, MIGUEL; *Pedro Lessa e a filosofia positiva em São Paulo*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. IV, 1959, São Paulo.
- SPIRITO, UGO; *Il positivismo, classici della pedagogia italiana*, Coedizione Giuntine Sansoni, Firenze, 1956.
- SPIRITO, UGO; *Il nuovo diritto penale*, La Nuova Italia Ed., Venezia, 1929.
- SPIRITO, UGO; *La riforma del diritto penale*, Del Alberti ed., Roma, 1926.
- SPIRITO, UGO; *Storia del diritto penale italiano da Beccaria ai nostri giorni*, 2a. ed. riveduta e ampliata, Fratelli Bocca, Torino, 1932.
- VIEIRA DE ARAÚJO, J.; *Código criminal brasileiro, Comentário filosófico-científico*, Recife, 1889.
- VIVEIROS DE CASTRO, *A nova escola penal*, 2a. ed., Rio, 1913.

## BIBLIOGRAFIA

MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, 2.<sup>a</sup> edição, Livraria Martins Editora, São Paulo, 1960.

Aos cinqüenta anos, o prof. MIGUEL REALE reedita a sua "Teoria do Direito e do Estado", concebida e elaborada quando tinha apenas trinta. No curso dêsses vinte anos, o conhecido pensador voltou, freqüentes vêzes, ao exame dos temas tratados na obra, lançou-se ao exame de outros problemas e fixou novas posições. Em relação a certas idéias fundamentais, que serviram de base ao livro, a meditação que desenvolveu e vem desenvolvendo revelou novos aspectos, cuja fecundidade está sendo diáriamente comprovada. Esta nova edição ofereceu ao prof. MIGUEL REALE oportunidade para adaptar os temas centrais desenvolvidos às mais recentes formulações de sua concepção tridimensional. Esta, nos últimos anos, adquiriu, por um lado, contornos mais precisos e mesmo definitivos e por outro, impregnou-se de uma dinamicidade peculiar, que a extrema de outras posições semelhantes, como as de WILHELM SAUER, JEROME HALL e outros. Já no trabalho de 1940, a posição culturalista permitia divisar a realidade estatal de modo complexo, não a confundindo com o aspecto jurídico, nem com o político, e menos ainda com o sociológico. O próprio título, que correspondia ao conteúdo, indicava uma discrepância nítida em relação aos ensinamentos de Kelsen. Estado e Direito eram realidades inconfundíveis, não obstante intimamente relacionadas. Mas nem por isso deviam ser tidas como antagonicas. Ao contrário, à realidade estatal o fenômeno jurídico apresenta-se como dado essencial. À luz de tais idéias, o Poder passou a configurar-se com coloridos inteiramente novos e sugestivos, revestindo-se, a um só tempo, de aspectos jurídicos e políticos. A conceituação culturalista do Estado conduzia, necessariamente, à afirmação, também no que a êle diz respeito, de tendências valorativas. No exercício, como na compreensão do Poder, tais princípios necessariamente se impunham, permitindo assim afirmar que o Poder, sem inspiração valorativa, se transformava em mera força. Com isso, novas perspectivas se abriam, para uma exata e sugestiva compreensão do papel que o Poder desempenha em relação à ordem jurídica. Esse papel consiste numa ampla positivação, decorrente de uma seleção, que tem em vista o bem comum. O poder sacrifica certas vias normativas, para eleger outras, como as que melhor se apresentam para possibilitar

a consecução do bem comum. Tais idéias, desenvolvidas em 1940, receberam ampla confirmação no curso das investigações posteriores e mesmo notável alargamento. Na edição que agora é dada à luz, o prof. REALE desenvolve pontos capitais, para inserir a Teoria do Estado nos quadros atuais da sua teoria tridimensional. Para êle, o Estado é também uma realidade triplamente constituída, é o fato do Poder, é valor, em virtude do qual o Poder se exerce e, finalmente, é um complexo de normas, que expressa a mediação do Poder na atualização dos valores da convivência. Tais aspectos se integram numa unidade indissolúvel e dialética. A redução do Estado a qualquer dêles mutila o todo, impedindo a compreensão de sua essência. Aí está; a razão por que a perspectiva meramente política, ou sociológica, ou jurídica, não pode permitir a compreensão exata da realidade estatal. Essa unidade é que transparece na Teoria do Estado. Esta corresponde ao modo de ver o Estado como realidade histórico-cultural, que outra coisa não é senão o modo de compreender os fatos enquanto normativamente referidos a valores. Como se vê, as diretrizes básicas do pensamento do prof. MIGUEL REALE se fixam de forma definitiva, permitindo explicar, através da concepção tridimensionalista, áreas cada vez mais amplas e complexas de fenômenos culturais. Disso é uma demonstração essa análise do fenômeno estatal.

T. C. F.

(Da "Folha de São Paulo" de 21-1-61.)

JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, IV vol., 2.<sup>a</sup> edição, Edição Saraiva, 1960.

A Edição Saraiva completa a reedição dos Comentários ao Código de Processo Civil, do prof. JORGE AMERICANO, com a publicação, que acaba de ser feita, do quarto volume da obra. Neste volume, acham-se compreendidas as observações aos artigos 808 a 1.052. Referem-se aos livros VII, dos Recursos, VIII, da Execução, IX, do Juízo Arbitral e X, que compreende as disposições finais e transitórias. Em apêndice, é estampado o texto do decreto-lei 3.365, relativo a desapropriações. O volume quarto, que acaba de sair à luz, como se verifica, abrange matéria de grande interesse, tanto sob o aspecto teórico como sob o aspecto prático. Os comentários estão atualizados, tendo em vista a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

(Da "Folha de São Paulo" de 21-1-61.)

T. C. F.

MIGUEL REALE, *Nos quadrantes do Direito Positivo*, Gráfica Editora Michalany Limitada, 1.<sup>a</sup> edição, São Paulo, 1960.

O prof. MIGUEL REALE já ofereceu aos estudiosos, trabalhos de grande significação no campo da Filosofia Política, da Filosofia Jurídica e da Economia. A sua passagem, por todos êsses setores ficou marcada através de contribuições de grande alcance, cuja repercussão é não sòmente extensa como profunda. Foi porém na esfera da filosofia jurídica que a sua atividade se revelou especialmente valiosa. Uma análise profunda da realidade jurídica, realizada à luz dos princípios filosóficos mais modernos, notadamente das correntes de tendência culturalista, levou-o à elaboração de uma teoria que hoje corre mundo, conquistando adesões de espíritos altamente categorizados e vencendo preconceitos e resistências em setores cada vez mais amplos. O tridimensionalismo é hoje saudado por jusfilósofos da autoridade de um RECASÈNS SICHES como uma das manifestações mais significativas do pensamento jurídico contemporâneo. Realmente, o tridimensionalismo, em sua forma dinâmica, tal qual aparece na doutrina do prof. MIGUEL REALE, se por um lado traduz os resultados mais preciosos de tôda a investigação filosófico-jurídica de nossos dias, por outro dá expressão e forma, numa síntese sugestiva, à aspiração, comum aos filósofos e juristas contemporâneos, de caracterizar a realidade tríplice do direito, sem entretanto cair em esfacelamentos ou distorções. Os reflexos da teoria, aos poucos, vão-se fazendo sentir, nos diferentes setores do direito. Ao próprio prof. MIGUEL REALE já se deve uma aplicação, com efeitos inestimáveis, de tridimensionalismo ao fenômeno político e particularmente ao fenômeno estatal. O mestre reviu o seu livro de 1940, "Teoria do Direito e do Estado", para apresentá-lo, em edição que a Editora Martins há pouco lançou a público, (MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, 2.<sup>a</sup> edição revista e aumentada, Livraria Martins Editora, São Paulo, 1960), utilizando os frutos de uma longa e exausta pesquisa, em que se fixaram, com contornos precisos, as diretrizes básicas do seu pensamento. À época do aparecimento da primeira edição, os "Fundamentos do Direito" já eram conhecidos, mas nele o tridimensionalismo não encontrara ainda uma expressão clara. No curso dos últimos vinte anos, na cátedra, e na meditação solitária, cujos frutos foram aparecendo, em livros e ensaios esparsos, a teoria ganhou corpo, e mesmo elasticidade, passando de uma forma estática a uma forma dinâmica, com feição dialética. A Teoria do Direito e do Estado recolheu os resultados de todo êsse esforço, de modo que nela o Estado também aparece como uma realidade tipicamente tridimensional. O que foi

feito em relação ao fenômeno estatal será também feito, algum dia, em relação ao campo constitucional, através da análise da Constituição como instrumento de organização e de juridicização de realidades distintas. Não será demais esperar que, algum dia, um estudioso procure utilizar os subsídios valiosíssimos da teoria para a análise da antijuridicidade no campo do direito penal. Idéias do ilustre autor da “De Dignitate Jurisprudéntiae” já apareceram aplicadas a um instituto como o da prescrição e da decadência, em tese curiosíssima apresentada pelo prof. NICOLAU NAZO à faculdade de Direito.

Fazemos essas referências, por serem de maior alcance e por revelarem de modo mais característico a influência que o tridimensionalismo vai alcançando. Nem sempre, porém, as repercussões dos princípios se revelam de modo tão claro. Contudo, nem por isso deixam de existir. Os que imaginam que as concepções filosóficas somente repercutem nos planos das abstrações incorrem num equívoco que hoje não mais se justifica. Os que quiserem ter uma prova concreta de como o tridimensionalismo atua, mesmo nos setores mais concretos da vida jurídica, basta que examinem o último livro publicado pelo prof. MIGUEL REALE, “Nos Quadrantes do Direito Positivo” (Gráfica Editora Michalany Limitada, São Paulo, 1960), onde se acham enfileirados estudos e pareceres, todos relativos a casos concretos, que foram submetidos à apreciação do jurista, e relativos a matéria de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Privado, de Direito Processual. Na análise de cada um deles, em que aparece em primeiro plano a hipótese particular, decorrente de uma ocorrência concreta qualquer, percebe-se o transfundo ideológico, que espelha a concepção geral do direito, inserida numa concepção geral da sociedade e do homem. Vejam-se os estudos, aliás de grande interesse técnico, dedicados ao sistema de representação proporcional e o regime presidencial brasileiro; ao município na estrutura do Estado Federal brasileiro; ao problema da criação de municípios; ao problema da intervenção do domínio econômico; à declaração de utilidade pública, para efeito de desapropriação; às autarquias; o sigilo do servidor público; a concorrência pública; à disciplina da vida associativa; o controle jurisdicional sobre os atos de responsáveis por entidades associativas, dívidas de jogo; e outros, em que o técnico do direito, o intérprete das normas se socorre e se beneficia, a cada passo, das sugestões do filósofo, do sociólogo, do jurista, do político, numa demonstração de que em um fragmento da vida jurídica está o universo inteiro.

TEÓFILO CAVALCANTI FILHO

(Da “Tribuna da Justiça”, São Paulo, 23 a 29 de maio de 1961.)

ANN VAN WYNEN THOMAS, *O comunismo contra o Direito Internacional*, tradução do Prof. ALEXANDRE A. CORRÊA, Edição Saraiva, São Paulo, 1958.

"Dentro do período decorrido desde o fim da segunda guerra mundial — escreve ROBERT G. STOREY no prefácio dessa obra — tornou-se claro que se procurou ajustar a legislação internacional a novas e mais difíceis condições mundiais. Este processo de ajustamento não sòmente demonstrou mas ainda acentuou a estreita afinidade entre as leis internacionais e o alvo da democracia. O problema no campo da legislação internacional de hoje não se formula relativamente à necessidade de uma legislação internacional mais perfeita, mas assume antes o aspecto de um problema de método, isto é, do modo pelo qual as nações livres do mundo podem ampliar a sociedade que alimentou a legislação internacional e para a qual foi criada". Preocupada com as vicissitudes contemporâneas do Direito das Gentes, marcadas pela divisão política e ideológica da humanidade, foi a autora induzida por motivos tanto metodológicos como doutrinários — nesse trabalho apresentado à "Southern Methodist University" — a suscitar questões radicadas com o próprio fundamento do direito internacional.

Apresentar-se-ia êste direito como o mínimo ético essencial, sem o qual pouca esperança haverá de uma ordem internacional pacífica e ordenada. Poderia êsse mínimo ético ser estabelecido desde o momento em que a doutrina comunista inspira o comportamento de alguns dos principais Estados da atualidade? É o que a autora procura esclarecer.

Sòbre a natureza moral e ética do Direito Internacional, versa o primeiro capítulo do livro. Há nesse direito, segundo a autora, "uma idéia estabelecida de valor, básica para as concepções éticas; e o papel essencial dêste conceito de valor é fornecer uma escala para medir a conduta internacional, começando pelas virtudes mais elevadas e fundamentais, passando pelas ações menos meritórias primeiro e depois pelas ofensas incidentais, para terminar, enfim, nos procedimentos vís". As relações entre os Estados são, em última análise, relações de indivíduos. Do mesmo modo, se há princípios éticos para pessoas, deve haver princípios éticos para os Estados. Depois de responder a objeções, conclui a autora que o caminho para chegar à lei internacional é aberto pela ética, pois o progresso do homem civilizado se mede por sua inteligência e compreensão dos valores morais.

Assentada essa premissa, Mrs. THOMAS é levada a seguir a examinar as concepções de direito natural, suas origens, seu desen-

volvimento histórico, bem como as relações do direito internacional com a civilização cristã e com a democracia. “A convergência dos vastos fundamentos históricos e dos credos do direito natural do cristianismo e da democracia — estabelece a autora — culminou no Direito internacional moderno e, em consequência, as tradições políticas do Direito Internacional de hoje acentuam a importância dos conceitos éticos de tolerância, igualdade, boa-fé e dos direito indestrutíveis do indivíduo”. Depois de examinar cada um desses conceitos, indaga por que razão são eles que fornecem as bases éticas e morais do Direito Internacional. Lembra a contribuição de PUFENDORF, “quem primeiro acendeu um facho de luz verdadeiro no caminho da solução” e sentiu a existência nos seres humanos em geral “dum ponto central de reação comum”. Em verdade, os juízos de valor constituem o lugar comum de todas as sociedades e, de fato, extensas áreas de valores uniformes subsistem entre as diversas culturas.

Se a lei se define com a soma de deveres e liberdades — quaisquer que sejam os deveres e as liberdades — a raça humana tem uma lei que se exprime na frase “unidade moral”. Prova dessa unidade é não propriamente o senso do que é justo, mas um “senso de injustiça”, uma reação intuitiva contra o injusto. É possível assim supor que o cerne da reação comum dos seres humanos, acrescentado ao “senso de injustiça” constitui uma base para a justificação do conceito de padrões e perspectivas globais do Direito Internacional.

Examina a autora a seguir o “impacto ideológico soviético sobre o Direito Internacional” Expõe os princípios políticos e jurídicos do marxismo. Critica-os com veemência. Adverte que “considerações práticas de necessidade e oportunidade política, sobrepujam quaisquer pretensões de todas as teorias envolvendo a obrigação moral dos russos de respeitarem sua palavra” Sublinha o perigo inerente à tendência contemporânea de acentuar a importância do poder; a deficiência de soluções mecânicas para a fiscalização do governo e a função indispensável das idéias na ordem internacional, entre as quais a da liberdade e a da dignidade humana.

Entendendo que os princípios advogados pelas nações totalitárias envolvem o repúdio dos elementos fundamentais sobre os quais repousa o Direito Internacional, encaminha-se a autora para uma conclusão pessimista: a da delimitação necessária desse direito aos países não comunistas. Aliás, “a ficção contínua da validade universal de todas as regras só pode prejudicar o progresso do Direito Internacional pela renúncia a todas as vantagens ainda conservadas pelos que acreditam na ordem mundial democrática” Mrs. THOMAS é incisiva. “Isto quer dizer que qualquer crescimento do direito

internacional nestes tempos será apenas parcial e não universal; mas, pela intensificação das relações jurídicas entre as nações, unidas por valores morais e éticos comuns, desenvolver-se-á um Direito Internacional de maior pujança, que em algum tempo no futuro se poderá tornar o fundamento dum direito universal". O empobrecimento no plano ecumênico seria assim compensado por um enriquecimento valorativo no plano regional. E, de futuro, êsse direito regional, destarte enriquecido, poderia tornar-se um direito universal.

Reconhece a autora a existência de dois perigos que assaltam essa "cooperação regional e democrática": o primeiro consiste em permitir que nações não democráticas se unam às frentes de estado contra o comunismo; o segundo, em arregimentar a vida intelectual e espiritual das democracias ocidentais. "Sob o rótulo de atividades anticomunistas ou de sigilo motivado por considerações de ordem militar — escreve com razão a autora — o pensamento progressista independente, a liberdade de discussão política e a liberdade de investigação são embaraçados em grau sempre crescente". Seriam sufocados por novos totalitarismos. "A confiança em tal arregimentação, como servindo às necessidades do momento, pode causar dano irreparável".

Não se ilude, pois, Mrs. THOMAS quanto às dificuldades teóricas e práticas que cercam a sua tese. Se bem que a consecução dum Direito Internacional baseado na moral e na ética é a maior necessidade de nosso tempo, não há, todavia, "solução fácil ou certa". Importa aos povos não se deixarem atrair pelo desvio da política do poder pelo poder.

Indiscutível é o mérito da obra em ter enfrentado problemas atuais, árduos e delicados, se bem que nem todos os princípios nela esposados possam alcançar concordância geral. Seria mesmo desejável que a bibliografia fôsse mais selecionada e mais completa, remontando a trabalhos clássicos como os de VITORIA, de SUAREZ, e modernos como os de MIRKINE-GUETZÉVITCH e de CALVEZ. Êsses pequenos reparos são amplamente supridos pelo ardor e cultura que a obra revela e, sobretudo, pela ênfase dada aos elementos valorativos do Direito Internacional infelizmente tão depreciados nesta época pragmática e maquiavélica em que vivemos. Valiosa é assim a contribuição de Mrs. THOMAS às letras jurídicas. Tanto quanto a do Prof. ALEXANDRE A. CORRÊA que em boa hora traduziu o livro para o vernáculo.

WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, vol. I, 550 págs., vol. II, 466 págs., Edição Saraiva, São Paulo, 1960.

Han aparecido dos volúmenes de los once que integrarán esta obra y se anuncia que de dos en dos meses se pondrá en circulación los restantes. La promesa de que en brevísimo término quedará completada, en este caso significa una seguridad casi sin riesgo, porque si la formula “o grande e venerado mestre WALDEMAR” sobra decir que tiene el trabajo íntegramente escrito y que el término predicho sólo es el indispensable requerido por las tareas de la impresión, que, dicho sea de paso, es una impresión esmeradísima, digna del autor, de la obra y de la altura alcanzada por las artes gráficas en el Brasil.

Entre las múltiples y prodigiosas dotes y virtudes del autor, cuéntase la de su devoción por la sobriedad, de modo que si llegare a enterarse de que el más humilde de sus lectores argentinos, el que escribe esta noticia bibliográfica, ha cometido la ligereza de no moderar sus elogios, no lo absolvería del pecado. Esta advertencia sería superflua si escribiera yo dirigiéndome a lectores brasileños, pues desde uno a otro extremo de su descomunal país, la gente de derecho tiene plena conciencia de que WALDEMAR FERREIRA es una de las glorias más refulgentes del rico acervo que es la literatura jurídica brasileña, para nuestra desventura entre nosotros menos conocida y aun menos manejada, gustada y utilizada que la de otros países lejanos y sin afinidades con nuestra tierra, con las modalidades de su población y con las peculiares características económicas y sociales que nos son propias. Es corriente hacer gala de erudición en punto a derecho anglo-americano y soviético y ni siquiera haber consultado jamás un libro de derecho brasileño. Todo nos une, nada nos separa; sólo que en el Brasil nuestro derecho es vastamente conocido, mientras que en la Argentina el derecho brasileño es apenas vislumbrado, allá a las perdidas, por uno que otro escritor que con certero instinto explora, catea y extrae metal noble de tan rica vena. Frecuente es que el que busca información bibliográfica brasileña tenga la tristeza de verificar cuán pobre y fragmentaria es la que yace, maltrecha por el polvo, en las bibliotecas públicas.

En 1955, al cumplir 70 años de edad, a WALDEMAR (a propósito y movido por el afecto que se añade a mi admiración, le llamo por el nombre de pila, como lo hacen sus compatriotas), se le rindió un homenaje, mejor dicho una apoteosis, cuando se jubiló de su cátedra de la Facultad de San Paulo por imperio de la ley

que preceptúa el retiro automático de los profesores llegados a esa edad.

A nadie se le ocurrió entonces deplorar que una disposición legal impusiera el reemplazo de un maestro irremplazable, quien además y loado sea Dios, tenía y tiene la envidiable gracia de conservar la gallardía física y el esplendor espiritual de sus años mozos; el único cambio que ha producido en él el decurso del tiempo es, según dicen quienes bien lo conocen, el de haberle endulzado el temperamento indómito de su juventud, lo cual les ocurre a los buenos vinos que se aterciopelan y afinan con la edad.

Lo que en el mundo del derecho y de la cultura en general se consideró más oportuno, fue tomar la jubilación como un motivo propicio para rendirle a WALDEMAR el tributo de reconocimiento de méritos, de cariño, de acatamiento, de devoción, que vibraban en la mente y en el corazón de cuantos estaban habilitados para medir valores humanos y atribuir honores, honores consistentes y perennes, no formales y fugaces. Sin promotores ni propulsores, con la espontaneidad e impetuosidad con que irrumpe un flúido, acumulado en un recipiente de seguridad, cuando se le abre la válvula de descarga, así se expandió el caudal de sentimientos de juicios y apreciaciones que son los componentes de ese flúido excelso que es el prestigio de WALDEMAR. Las instituciones representativas del derecho, de su enseñanza y aplicación, universidades, magistratura, colegios de abogados, legislatura paulista y cámara federal de representantes, se plegaron al homenaje, que adquirió magnitud y resonancias sin precedentes y que fue el veredicto dictado por un jurado compuesto por miles de sabedores justos, con la voluntad de connotar y homologar el estado de conciencia pública, que ha atribuído a WALDEMAR FERREIRA la jerarquía de eminentísimo dirigente y guía suyo, de ejemplo y modelo de vida pública y privada. La apoteosis fue tan honorífica para el aclamado como para quienes la tributaron con espíritu de justicia y el designio de enseñarle al público qué es un patricio, un padre de la patria.

Es de tener en cuenta que el derecho cultivado en toda su vida por WALDEMAR no es sólo el derecho de los libros, el de la lógica y las enigmáticas complejidades, sino el amasado por la mejor doctrina, es verdad, pero ajustado a las exigencias de la vida real, expuesto con diafanidad para facilitar la comprensión de su razón de ser y de su eficacia. No sólo el de la cátedra, sino el aplicado por la judicatura, que para ser bueno reclama no sólo respeto sino crítica implacable, para que el llamado derecho jurisprudencial no se sustente únicamente en la autoridad de quienes lo expiden, sino también en el acierto de las decisiones, lo que presupone armonía con las leyes y acatamiento a los principios

de la ética. WALDEMAR ha doctrinado desde la cátedra y ha ejercido la sagrada misión de la abogacía, con amor fervoroso y constante, como tiene que ser para ser amor. Ambas tareas, la docente y la de abogado, practicadas con insuperable asiduidad, no le han impedido, antes bien le han facilitado, la publicación de libros, de una revista de derecho comercial por él creada y mantenida a gran altura, y aun la hechura de numerosos volúmenes sobre la historia del derecho público y privado de su país, en cuyos archivos, lo mismo que en los de Portugal, ha abrevado sus ansias por enterarse cómo han nacido y evolucionado las patrias instituciones.

Sorprende que una vida le alcance a un hombre, con ser de privilegiada capacidad mental, para realizar una obra tan ingente por su cantidad y calidad suprema. Aunque se tenga en cuenta que es normal que al genio suele serle inherente el don de la fecundidad, como ocurre con VELÁSQUEZ, el GRECO, GOYA, para citar ejemplos, causa pasmo que WALDEMAR haya tenido además una actuación política cuyas fulguraciones son de las que el paso del tiempo no extingue ni empaña, sino de las que cobran mayor brillantez observadas desde la lejanía temporal. Su participación como ministro del prócer paulista don PEDRO DE TOLEDO, que en defensa de la autonomía del Estado que gobernaba se irguió frente al gobierno federal no constitucional, hasta el extremo de encararlo con las armas de un ejército, más armado de ideales que de medios beligerantes, fue una participación reveladora del temperamento quijotesco de WALDEMAR, en cuanto para cumplir con la misión de “desfacer entuertos” se ponía de inmediato en acción denodada, sin ocurrírsele siquiera pensar o sopesar que sus generosas intenciones pudieran caer vencidas por las violencias o maquinaciones de los impíos. Al vencimiento de las huestes improvisadas por el Estado de San Paulo, sucedió un largo y honorífico destierro de las excelsas personalidades que, con valor legendario, encabezaron el movimiento defensivo de las instituciones estaduais; como proscrito en Portugal, WALDEMAR no perdió allá su tiempo y al calor de la acogida que le fue dispensada por las instituciones más representativas del derecho portugués, impartió proficua enseñanza y enriqueció su ya ingente ilustración.

El día en que, después de no sé cuantos años, el pueblo brasileño acudió a las urnas para constituir su gobierno, WALDEMAR fue ungido diputado por su Estado, conquistando el mayor número de votos que tenían el más nítido significado de que la masa popular coincidía con la opinión pública calificada, en que él era el llamado a dirigir en la Cámara de Diputados la acción parlamentaria de oposición al gobierno federal, que todas las circunstancias habían atribuido a la representación paulista. En el Con-

greso su papel fue prominente y lo representó con briosa elocuencia, henchida de energía y sabiduría. Siempre se lo recuerda a WALDEMAR como líder “da bancada paulista” en aquella época de reconstrucción; se lo invoca con fervorosa y perdurable admiración.

No es usual que en una noticia bibliográfica se trace la silueta del autor del libro comentado. Pero como WALDEMAR y su “Tratado de derecho comercial” tampoco son usuales y corrientes, la excepción tiene sobrado fundamento.

Paso a ocuparme de la obra. El tomo 1.º trata de los orígenes históricos y del concepto del derecho comercial y de los actos de comercio. La distribución del cuantioso material correspondiente a ambos temas, denota el esmero y el afán depurativo con que ha sido hecha. El tomo 2.º está destinado al estatuto del comerciante. La compulsa del índice analítico de materias en ambos volúmenes es reveladora de la monumentalidad armoniosa del “Tratado”; y así como son imponentes los índices, la lectura de sus desarrollos expositivos es una fuente de inefable placer y no se sabe si lo que predomina es la rica sustancia o el estilo primoroso con que la sustancia es enaltecida. No es ilustración y sabiduría acumuladas, sino destilación de antecedentes doctrinarios, de experiencias incontables, de refinamiento docente que enseña los principios relevantes y sus infinitas aplicaciones, cuyos engorrosos detalles se muestran con un arte consumado, para ahorrarle al lector la pesadez que, por regla general, se considera inevitable en el despliegue de un caudal cuantioso de conocimientos, de diverso rango, primordiales y accesorios, que es menester incluir y poner en su lugar propio, cuando con todos ellos se labra esa especie de libros denominada tratados, erizados de obstáculos y dificultades. Ante una obra como ésta de WALDEMAR, uno se pregunta: ¿qué no puede hacerse mediante el mágico poder de un *lungo amore*?

El acervo bibliográfico del derecho mercantil brasileño cuenta con un espléndido tratado, el de JOSÉ JAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, considerado por los doctos como una joya y por los prácticos como guía infalible; se compone de ocho tomos la tercera edición, de 1937, y el hecho de haber sido puesta al día por ACHILLES BEVILACQUA y ROBERTO CARVALHO DE MENDONÇA, hace suponer —yo lo ignoro— que el famoso autor ha fallecido antes de 1937. Quiere decir, pues, que el imperio del “Tratado” de CARVALHO DE MENDONÇA lleva ya más de 25 años, período en que la materia ha experimentado transformaciones de máxima importancia. Era dificultoso que un comercialista se pusiera en la dura tarea de preparar un tratado actual y original. Sólo WALDEMAR FERREIRA estaba, por todo concepto, indicado para asumir la responsabilidad de reverdecer los

laureles, ya algo marchitados por la injuria del tiempo, que conquistase CARVALHO DE MENDONÇA. Y lo ha hecho con insigne honor de la bibliografía de su país y honrando también la memoria del otro eximio comercialista. Del recíproco aprecio que ambos se profesaban, hablan bien claro los dos hechos siguientes: 1) Cuando se trató de organizarle a CARVALHO DE MENDONÇA un homenaje al aparecer su "Tratado", para lo cual se colectó un fuerte capital destinado a crear la Fundación que lleva su nombre, que con la renta de ese capital costea un premio al mejor estudiante de derecho comercial de la Facultad de San Paulo, en el acta constitutiva de la Fundación se dice que en la sesión plenaria de agosto 10 de 1928, el Instituto de la Orden de los Abogados de San Paulo, a propuesta de los profesores SPENCER VAMPRÉ y WALDEMAR FERREIRA, resolvió realizar un homenaje a CARVALHO DE MENDONÇA, al cual se adhirieron numerosas instituciones jurídicas y mercantiles que decidieron crear la Fundación; 2) Tan sólo en el primer tomo del "Tratado" de CARVALHO DE MENDONÇA se cita trece veces a WALDEMAR FERREIRA, que ya tenía publicado su "Curso de Derecho Comercial".

Es oportuno que ponga término a ésta que debió ser una noticia bibliográfica. Que haya yo desnaturalizado la presente colaboración se justifica, o por lo menos se explica, teniendo en cuenta la fascinante personalidad del autor y los méritos indescriptibles de la obra que motiva el comentario, a lo que debe añadirse el anhelo que aliento por que nuestros juristas, para su provecho, pongan en el conocimiento y utilización de la bibliografía brasileña un interés semejante al que se pone en el Brasil por la nuestra. Finalmente, formulo votos en el sentido de que apenas terminado el "Tratado" de WALDEMAR FERREIRA, aparezca en nuestro país una edición en español, que sin duda tendría un éxito rotundo.

JUAN AGUSTIN MOYANO

(*Jurisprudência Argentina*, Buenos Aires, 31 de dezembro de 1960, Ano XXIII, n.º 731.)

FERREIRA W.. *Tratado de direito comercial*, voll. I e II, Ed. Saraiva, San Paulo, 1960, in 8º, di pgs. 552 e 468.

WALDEMAR FERREIRA, rappresentante tra i più autorevoli del pensiero giuridico brasiliano, degno continuatore di altissima tradizione, dà inizio ora — dopo aver lasciato l'insegnamento nella Facoltà di San Paulo, tenuto con tanto prestigio — alla pubblicazione di un trattato di diritto commerciale che si preannuncia in undici volumi.

L'impegno dell'opera promessa — della quale i due primi volumi escono ora — non stupirà chi conosce la eccezionale attività e fecondità dell'A., e tiene presente che, a tacere della produzione monografica svariata, l'opera attuale ha come precedenti il *Curso de direito comercial* pubblicato fin dal 1927 in due volumi, il *Tratado de direito mercantil Brasileiro* (che dai due volumi della I ed. del 1934-39 si ampliò nei tre volumi della II ed. del 1948) e le *Instituições de direito comercial* che ebbe cinque edizioni, fino all'ultima del 1957, in cinque grossi volumi.

È a quest'opera che il nuovo trattato particolarmente si avvicina, pur non costituendone solo una riedizione.

Quanto alle caratteristiche possiamo limitarci a richiamare i giudizi altre volte espressi su queste colonne (in questa *Rivista*, 1959, I. 237).

Vogliamo solo attirare l'attenzione sul fatto che l'ampiezza della trattazione consente, al di là dello svolgimento secondo la traccia consueta di un trattato sistematico, degli *excursus* molto suggestivi come quelli sugli aspetti contemporanei dell'attività commerciale (Vol. I, pp. 457-524).

Naturalmente la trattazione che abbiamo nei primi due volumi ora pubblicati, l'introduzione storico dogmatica e lo statuto del commerciante, è legata alla situazione attuale della legislazione brasiliana e alla autonomia legislativa del diritto commerciale, malgrado che proprio in Brasile abbia avuto origine, per merito del TEIXEIRA DE FREITAS, quella dottrina integrale e unitaria del diritto delle obbligazioni, recante quindi la soppressione di un autonomo corpo di leggi per il commercio, che fu poi tra noi vivacemente sostenuta da CESARE VIVANTE, e che, da lui abbandonata, toccò a chi scrive riprendere, finché fu consacrata nell'ultima riforma legislativa.

MARIO ROTONDI

(*Rivista del Diritto Commerciale*, Milão 1960, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, vol. LVIII, primeira parte, pág. 474.)

WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, Edição Saraiva, São Paulo, 1960, 2 vols. 549 e 466 pgs. respectivamente.

El eminente Professor WALDEMAR FERREIRA, retirado de la Cátedra, prosigue su proficua labor científica sin descanso. Como fruto de la misma nos ofrece ahora un nuevo *Tratado de Direito Comercial* que se compondrá de once volúmenes de los que ya han aparecido los dos primeros, de que damos cuenta en esta nota.

El primer volumen trata del Estatuto histórico y dogmático del Derecho Comercial. El capítulo primero trata de los orígenes históricos y el concepto del Derecho Comercial. El segundo se refiere a la autonomía, los caracteres y las divisiones del Derecho Comercial, comprendiendo el problema de la unidad del derecho privado. Refiriéndose a este problema, el autor vuelve a destacar la obra de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, notable juriconsulto brasileño autor del Esboço de Código Civil, por encargo del Gobierno Imperial, obra que no terminó por entender que debía unificarse el derecho privado en dos Códigos: un Código general y un Código Civil, propuesta que no fue aceptada por el Gobierno. Como es sabido fue recién años más tarde que debido al genio de Vivante se planteó en el campo doctrinario el problema de la unidad del Derecho privado, aunque tuvo antecesores como TEIXEIRA DE FREITAS y otros y cuando ya la idea había sido llevada a la práctica en Suiza con el Código único de las Obligaciones de 1881.

En el Capítulo Tercero trata de la materia comercial y del acto de comercio. En ese capítulo se hace referencia expresa al acto jurídico en general, a los elementos componentes del acto de Comercio y a su dirección y al problema de los actos de comercio mixtos, estudiando también el acto de comercio en el ámbito del Derecho Internacional Público.

El Capítulo IV está destinado a la clasificación de los actos de Comercio, adoptando la seguida por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA que los dividió en: actos de comercio por su naturaleza o mercancía; actos de comercio por conexión o dependencia y actos de comercio legales o por fuerza o autoridad de la ley. Este capítulo se divide en tres secciones destinadas al análisis particular de los actos comprendidos en cada una de esas clasificaciones.

En el Capítulo Tercero trata de la materia comercial y del acto de derecho Comercial y en el Capítulo VI se refiere al Comercio en sus aspectos contemporáneos, destacando las modalidades actuales del ejercicio de la actividad comercial, que no pudieron prever los viejos ordenamientos jurídicos como el Código de Comercio francés y el brasileño que data del año 1850, aunque ha sufrido grandes modificaciones.

El volumen segundo está destinado al Estatuto del Comerciante.

En el Capítulo I se refiere a la configuración jurídica del comerciante, analizando las soluciones de los códigos francés, español, portugués y alemán y a la sustitución del comerciante por el empresario que contiene el Código Civil italiano de 1942, para tratar después el sistema del Código de Comercio brasileño.

Analiza también el concepto de firma o nombre del Comerciante y su registro y la matrícula del Comerciante en el Registro Público de Comercio.

El Capítulo II está destinado al ejercicio del comercio por los relativamente incapaces, destinando la primera sección al menor comerciante, la segunda a la mujer casada comerciante y la tercera a los interdictos.

En el Capítulo III analiza las prohibiciones para el ejercicio del comercio y su fundamento.

La clasificación, el estado y la categoría de los comerciantes constituye el contenido del Capítulo III, dividido en tres secciones para cada uno de esos temas.

La situación de los agentes auxiliares del comercio, entre los que solamente incluye a los factores, tenedores de libros y dependientes es estudiada en el Capítulo IV.

El Capítulo V está destinado a las obligaciones profesionales de los comerciantes y el Capítulo VI al Registro de Comercio.

Escrito en el estilo fluído y tan personal del autor que ya otras veces destacamos, el *Tratado de Direito Comercial* es de fácil lectura, lo que no conspira contra la profundidad de los conceptos expuestos.

Reaccionando contra una tendencia muy desarrollada, el autor no hace gala de erudición, por lo que la obra no aparece recargada de citas. En nuestro concepto esa manera de proceder constituye un mérito evidente, desde que el lector no se distrae con remisiones a notas cuya lectura generalmente dificulta la continuidad de los propios desarrollos que hace el autor. Por otra parte, nadie puede pensar que el sabio profesor de São Paulo desconozca la literatura comercialista, pues en sus anteriores obras ha puesto en evidencia el dominio pleno de la materia.

Es de esperar que de acuerdo con el programa trazado, el eminente profesor paulista, termine pronto esta nueva obra que será la consagración de su profícua obra jurídica.

SAGUNTO F. PÉREZ FONTANA

(De *Sociedades Anonimas*, "Revista de Derecho Comercial", Montevideo, 1960.)

WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1954, págs. 384.

Presentata in elegante forma editoriale, vuol rappresentare un primo supplemento alla *História do Direito Brasileiro* elaborata dallo stesso illustre A. e pervenuta al suo terzo volume.

La impostazione dell'opera in esame se ispira fundamentalmente ad ideali di libertà e di democrazia. Su questa base de alto

prestígio la trattazione procede dalle origini, e cioè dalla fine del quattrocento ai nostri giorni.

Le condizioni di sviluppo del Brasile sono state difficili, sul piano politico come sul terreno econômico e sociale: tanto piú difficili, in quanto complicate dalla stessa fortunata immensità del Paese. Una ricchezza nuova ed immane, in un periodo tra i piú fortunosi della storia politica d'Europa, alla vigilia di radicali innovazioni nel sistema econômico dei popoli, rappresenta un problema di rilevanti gravità. Pure, una collettività — varia di razza, origine, cultura, interessi — assurge a dignità di Popolo in un continente in fase di progressiva formazione politica. È il prodigio del Brasile: un continente a sé nel continente sud-americano.

Assistiamo a questo prodigio nelle brillanti pagine del Prof. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, della Università di San Paolo. Questa *História do Direito Constitucional* non é solo una storia delle istituzioni giuridiche. Una storia del genere é forse possibili nei Paesi di lunga, ininterrotta tradizione giuridica. Nel processo di unificazione brasiliana, dalle origini alla sta attuale struttura, il dato politico-sociale é preminente rispetto al dato tecnico-giuridico; é comunque da questo inseparabile. L'illustre A. ci offre — per somme linee — anche una documentata esposizione di storia politica della Nazione brasiliana, non trascurando di pontualizzare come l'evoluzione della stuttura costituzionale del Brasile sia stata molto notevolmente influenzata della naturale espansione dei principi costituzionali affermatasi negli Stati Uniti d'America.

(De "Jus Gentium", "Diritto Internazionale", Roma, 1959, Tipografia Darlo Detti, vol. n.º 4, págs. 306.)

WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, Edição Saraiva, vol. III, São Paulo, 1961, 575 págs.

O terceiro volume do "Tratado" do prof. WALDEMAR FERREIRA, editado pela Saraiva, é dedicado ao estudo do Estatuto da sociedade de pessoas.

O conteúdo das suas 575 páginas é dividido em duas partes: uma geral, em que conceitua a companhia ou sociedade mercantil, explica seus pressupostos, distingue-se da sociedade civil, analisa sua constituição, separando a sociedade regular com personalidade jurídica, da irregular, sem essa personalidade, focaliza os vários tipos, sua transformação, incorporação, fusão e dissolução ou liquidação. Na parte especial é estudada detalhadamente cada uma das espécies de sociedade de pessoas: em nome coletivo ou com

firma, por quotas de responsabilidade limitada, em comandita, de capital e indústria, em conta de participação.

Sabedoria imorredoura dos bons legisladores antigos! Melhor definição não foi encontrada da constante da lei das *Siete Partidas* de D. Alonso IX, o Sábio, em 1258: “Companhia é a união de dois ou mais homens com ânimo de ganhar algo em comum”. Também de acôrdo com as Ordenações, contrato de companhia é o que duas pessoas ou mais faziam entre si, ajuntando seus bens ou parte dêles para melhor negócio e maior ganho. Companheiros se intitulavam os que assim contratavam.

Detém-se o professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no conceito legal da sociedade mercantil.

Diferentemente do Código Comercial, que embora regulando a sociedade, não a define, o art. 1363 do Código Civil conceitua: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mütuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns”.

Observa que CLÓVIS BEVILÁQUA, divisando na sociedade o contrato consensual, pôs em foco problema dos mais debatidos, uma vez que aquêlê contrato origina pessoa jurídica autônoma, igualmente denominada sociedade. Temos então esta expressão designando ao mesmo tempo o contrato e a pessoa jurídica do mesmo emergente.

Interessantíssima a crítica que faz das doutrinas que contestam a natureza contratual da sociedade. Os que se juntam a fim de a constituirem — diz-se — não celebram contrato. Neste se contrapõem os interessados, que na sociedade são convergentes.

A doutrina do contratualismo já não encontra senão raros adeptos. Sem dúvida, consigna textualmente, é sempre exata a afirmação de que as manifestações de vontades concordantes, se encontram na base de tôda sociedade, qualquer que seja sua natureza. Mas depois, e há muito tempo, a noção de pessoa jurídica galgou o primeiro plano.

Passa a expor as duas razões que levaram a êsse resultado. Uma é de ordem econômica: a posição preponderante conquistada pelas possantes sociedades anônimas. Outra é de ordem jurídica: a aparição de novas pessoas de Direito Público ou de Direito Privado.

Do art. 1.101 do Código Napoleão, segundo o qual contrato é a convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam uma ou mais para com outro, se não com mais, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, concluiu LÉON DUGUIT que a sociedade por ações e a associação apresentam dois exemplos notáveis de formação jurí-

dica em que se depara concurso de vontades, sem que haja convenção, nem contrato, mas somente pluralidade de vontades concorrentes, em seguida às quais se forma regra objetiva, verdadeira lei material do novo grupo, ao qual podem aderir, por declaração unilateral posterior, todas as pessoas que, reunindo as condições determinadas nos estatutos declaram aceitá-las e submeterem-se-lhes.

Distingue o período da preparação da sociedade, em que todos os elementos da definição dada do contrato se encontram reunidos, do momento da constituição, em que surge uma situação subjetiva, nitidamente pronunciada, para encarecer que Duguit, embora reconhecendo existir concurso de vontades, nega peremptoriamente que exista contrato: há simplesmente pluralidade de declarações de vontades unilaterais, sem laço algum entre elas a que a lei reconhece validade.

“Sente-se, ao cabo dessas declarações de vontade, aparecer uma regra nova de direito — a lei da sociedade; e uma situação jurídica — a conferida aos sócios. E o ato coletivo é, a um tempo, ato-regra e ato-condição; mas o caráter dêsse ato-regra é, evidentemente, o predominante”.

Expõe a seguir o prof. WALDEMAR FERREIRA outra tese que se opõe ao contratualismo societário: a da instituição. Reproduz então a doutrina de ÉMILE GAILLARD de acordo com o qual o Estado, a sociedade anônima é uma instituição, corporação, reunião de elementos diversos, às vezes hierarquizados, mas coordenados para a consecução de fim comum de interesse coletivo. Como aquêle, tem sua origem na natureza social do homem. Mas dêle difere pela natureza de seu fim.

A teoria constitucional não nega que a sociedade se constitua por um contrato; mas esse contrato dá origem a uma instituição, isto é, a um órgão destinado a consecução dum interesse intermediário entre indivíduos e o Estado. Onde a teoria contratual atribuía tudo à vontade, a teoria institucional reconhece o papel da finalidade e da equidade, que vêm assinalar limites à autonomia da vontade.

A consecução do fim social exige uma vontade que se superponha às autonomias individuais, que na sociedade anônima pertence à maioria. E é necessário que um poder independente, que é elemento essencial da instituição, se erija. Onde essa autoridade social inexistia, de vontade própria ao serviço do bem comum, não existe a instituição, mas indivisão, ou seja, a consecução individual de bens paralelos.

O parágrafo atinente à matéria é encerrado com a análise da teoria contratual em face do Código Civil Italiano, claramente enunciado no art. 2247, e em face da legislação brasileira.

Estas rápidas considerações, relativas apenas ao primeiro dos 58 parágrafos versados neste volume pelo ilustrado autor, dão bem idéia da importância e do desenvolvimento que imprimiu ao seu monumental trabalho.

ANTÔNIO CHAVES

Docente das Faculdades de Direito  
da U.S.P. e de Santos

(*A Tribuna*, de Santos, de 26 de março de 1961.)

MIGUEL REALE, *Nos Quadrantes do Direito Positivo*, 463 págs., Gráfica-Editôra Michalany Limitada, São Paulo, 1960.

Nem todo o filósofo é só filósofo; e o filósofo do Direito não pode se abster da consideração de que êste domina e rege as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, a cujo estudo deve achar-se adstrito no que elas têm de humano e universal.

Filósofo do Direito, MIGUEL REALE tem sentido as palpitações dêste não apenas no ambiente das concepções filosóficas, como ainda na dialética da cátedra e nos debates da luta forense.

Filósofo, mas jurista, MIGUEL REALE se viu na contingência de elaborar estudos e de ministrar pareceres, que bem mereciam a sobrevida proporcionada pela impressão em livro.

O que acaba de editar, sob o sugestivo título que encima estas linhas, não é apenas de clínica forense. Problemas de teoria do Estado e de Direito Constitucional se deparam em sua primeira parte, destacando-se os atinentes ao Município na estrutura do Estado Federal brasileiro e à criação dos Municípios. Os problemas de Direito Administrativo, que se encontram desenvolvidos na segunda parte, são os mais diversos e variados, quase todos examinados quando o autor fêz parte dum Conselho Administrativo, criado em período de govêrno discricionário. Dêsse serviço público são estudos que também se deparam na terceira parte, mas os demais são pareceres emitidos na sua faina de jurisconsulto exímio, servido por cultura filosófica impar.

Os problemas diversos, que se deparam na quarta parte, assim de Direito Público, como de Direito Fiscal e de processo, despertam viva atenção, pela clarividência dos pontos de vista doutrinários e pela sabedoria das soluções práticas.

Bem andou, e louvores merece, o eminente professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publi-

cando êste excelente volume, que será de muita e alta prestância para os juristas e para os aplicadores do Direito.

W. F.

ROBERTO BRACCO, *L'Impresa nel Sistema del Diritto Commerciale*, 533 págs., Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pádua, 1960.

Bem se pode dizer que o problema da “empêsa” é, no direito comercial italiano, problema diabólico, ou, como na Itália se diz, “indivolato”. É que, ao cabo da elaboração do Código Civil, em 1942, se verificou que nele não teve acolhimento, senão como simples palavra, todavia de cintilação mágica, porque destituída de conteúdo próprio.

O título II do livro V daquele código, é o do “trabalho na emprêsa”, e seu capítulo primeiro o da “emprêsa em geral”. Isso, nos títulos e nos sub-títulos. No contexto, não. Em lugar da definição da emprêsa, a que se tem é a do empresário, o que exercita profissionalmente atividade econômica organizada para os fins da produção e do escambo de bens e de serviços.

O empresário, êsse, sim, está perfeitamente individualizado, como sujeito de direito.

O mesmo se dá no capítulo segundo, o da “emprêsa agrícola”, que permaneceu indefinida, mas que ensejou o conceito do “empresário agrícola” — o que exercita atividade destinada ao cultivo do solo, a sicultura e a criação de animais e atividades conexas.

No capítulo terceiro, o “das emprêsas comerciais e das outras emprêsas sujeitas a registro”, se depara, na primeira secção, o “registro das emprêsas”. Mas o texto não corresponde à epígrafe. Quem se registra não é a emprêsa: é o empresário.

São obrigados a registro, ou seja à inscrição no registro das emprêsas, qual preceitua o art. 2.195, “os empresários”, que exercitem as atividades ali especificadas, os quais, além do mais, devem mencionar os cognomes, nomes, os nomes dos pais, a cidadania e “a raça”

O entrosamento da emprêsa com o empresário é evidente; e é embaraçante.

Justifica tudo isso o aprazimento com que recebemos a excelente obra de ROBERTO BRACCO, professor ordinário de direito comercial na Universidade de Florença.

Tendo já, quem esta escreve, formulado em livros impressos, as considerações acima aduzidas, coincidiu com o seu pensamento o do professor florentino.

“Está bem”, ponderou, “que o legislador tenha dito, nas reiteradas declarações introdutórias da lei (declarações que, estando “fora” do que é a lei, não são “direito”) ter querido apresentar no Código Civil o modelo do que seja a unidade corporativa da empresa. Mas, o legislador verdadeiramente criou também no direito privado a unidade da empresa? Como? E de que maneira? Ou não é exato, ao contrário, que o legislador — forçado por um lado pela natureza das coisas, por outro tendo a oportunidade, que era necessária aproveitar no Código, após havê-lo terminado, para apresentar o conceito da unidade da empresa — se limitou a inserir, no último momento, a só etiqueta da empresa em geral, sem a acompanhar duma explícita e articulada definição legislativa?

“Esta”, concluiu, “é precisamente a dúvida; e é uma dúvida que, a seu juízo, comporta uma só resolução, uma só resposta. Esta é que, em verdade, o legislador ficou, entre propósitos e realizações, no meio do caminho”.

O legislador, disse, em seguida, “não deu, de maneira nenhuma, no direito privado, definição geral do empresário e da empresa”

Demasia não é que se divulguem tais conceitos, sobretudo quando muito se fala da *empresa* para servir de base para a formulação de novos códigos, separados ou unitários, do direito privado.

Mostra isso a oportunidade dêste excelente livro que é *L'Impresa nel Sistema del Diritto Commerciale*, por outros aspectos digno de leitura e de meditação.

Divide-se em cinco partes.

É a primeira a dos dados históricos e sistemáticos do direito comercial, em cinco capítulos — o da introdução; o das origens e evolução do direito comercial do direito da classe dos mercadores ao Código de Comércio de Napoleão; o do Código de Comércio italiano e a reforma legislativa de 1942; e o da autonomia, sistema e fontes do novo direito comercial.

É a segunda a da teoria geral da empresa, em sete capítulos — o da posição crítica da teoria do empreiteiro e da empresa; o das atividades havidas como objeto das empresas agrícolas e das empresas comerciais; o da definição legislativa do empresário comercial; o dos caracteres e natureza jurídica da empresa comercial e o perfil institucional da empresa; o dos aspectos e momentos da empresa comercial (atividade do empresário, profissionalidade, intenção de lucro e uso do nome no seu exercício, riscos da empresa, início e cessação do exercício da empresa); o das sociedades comerciais e exercício societário da empresa; o dos pequenos empresários, os empresários agrícolas e a empresa agrícola: e o da abrogação da disciplina corporativa da empresa e as normas constitucionais sobre as relações econômicas.

É a terceira a do estatuto do empresário comercial, em quatro capítulos — o da capacidade para adquirir o estado de empresário comercial; o do registro das empresas comerciais; o da escrituração mercantil e o dos auxiliares do empresário comercial.

É a quarta a da intervenção do Estado na economia e a empresa pública, em três capítulos — o da intervenção do Estado no desenvolvimento do processo econômico e o direito comercial; o dos caracteres das normas de intervenção econômica e critérios para sua classificação sistemática; e o da empresa pública.

É a quinta a dos bens e sinais distintivos na atividade da empresa, em dois capítulos — o dos caracteres e natureza jurídica do estabelecimento (*azienda*) e o do estabelecimento e firma na circulação da empresa.

Não é essa a súpula duma monografia. Nem de um manual. É a de moderníssimo tratado de direito comercial, escrito com agudeza científica, precisão e clareza de expressão e com lúcida vivacidade intelectual.

Disse-o ROBERTO BRACCO nas linhas do prefácio, propondo-se fixar os aspectos e os momentos essenciais do direito comercial, qual se acha firmado no Código Civil unificado, devendo-se reconsiderar criticamente os velhos esquemas da doutrina comercialística, tendo em conta, de resto, a circunstância de que o Código, entrado em vigor em plena segunda guerra mundial, acabou recompondo-se no quadro duma ordenação jurídica, que registra não poucas mutações de fundo respeito à ordenação jurídica que o viu nascer.

W. F.

GLÁUCIO VEIGA, *Integração Econômica. Problemática Histórica e Atual*, 221 páginas, Mousino Artefatos de Papel Limitada, Recife, 1961.

Concorrendo à cátedra de Economia Política da Faculdade de Direito do Recife, GLÁUCIO VEIGA, livre docente daquela e da Faculdade de Direito de São Paulo, acaba de apresentar a tese, acima mencionada, bem definida na sua frase inicial de que o processo econômico, quer se desenvolva no âmbito nacional, quer se alongue no plano internacional, se constitui num movimento dialético de integração e desintegração.

Iniciada com uma nota metodológica, nela se estuda a integração da cidade medieval, com as feiras e sistema de transportes; e a integração do trabalho pelas corporações. Logo depois, a desintegração do Império Romano, seguindo-se, como problema de história econômica, a economia carolíngia.

O problema da unidade feudal e o sub-desenvolvimento antecede o do mercantilismo como ideologia de integração.

Chega-se a final ao tema da integração econômica nacional, destacando-se o Congresso Agrícola do Recife como protesto contra a desintegração e bordando-se, além de outras, considerações sobre um possível mercado comum latino-americano.

Com tão abundante material, a tese despertará debate vivaz, que ensejará ao jovem jurista a demonstração de sua cultura magnífica.

W. F.

## ÍNDICE

### HOMENAGEM

João Arruda — <b>Teodolindo Castiglione</b> .....	9
Bibliografia de João Braz de Oliveira Arruda .....	32

### DOCTRINA

Esquema de filosofia del Derecho — <b>Recaséns Siches</b> .....	48
Fundamentos da concepção tridimensional do Direito — <b>Miguel Reale</b> .....	66
Da Jurisprudência — <b>Washington de Barros Monteiro</b> .....	88

### CONFERÊNCIAS E DISCURSOS

Significado do XI de agosto — <b>Colemar Natal e Silva</b> .....	95
A filosofia como auto consciência de um povo — <b>Miguel Reale</b> .....	104
A problemática dos valores no mundo contemporâneo — <b>Miguel Reale</b> .....	126
Ainda e sempre, defesa das liberdades humanas — <b>Moacyr Amaral Santos</b> .....	146

### DOCUMENTOS

Herança jacente — <b>Braz de Oliveira Arruda</b> .....	157
--	-----

### CRÔNICA UNIVERSITÁRIA

As carreiras jurídicas no Estado de São Paulo — <b>Antônio Ferreira de Almeida Júnior</b> .....	168
---	-----

### TRABALHOS DE ALUNOS

A escola positiva de Direito Penal — <b>Renato T. di Dio</b> .....	182
--	-----

<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	250
---------------------------	-----

## INDEX

### HOMMAGE

João Arruda — Teodolindo Castiglione .....	9
Bibliographie de João Braz de Oliveira Arruda .....	32

### DOCTRINE

Schéma de philosophie du Droit — L. Recaséns Siches .....	48
Les fondements de la conception tri-dimensionnelle du Droit — Miguel Reale .....	66
De la Jurisprudence — Washington de Barros Monteiro .....	88

### CONFERENCES ET DISCOURS

Signification du XI août — Colemar Natal e Silva .....	95
La philosophie comme l'auto-conscience d'un peuple — Miguel Reale	104
Le problème des valeurs dans le monde contemporain — Miguel Reale	126
Encore et toujours, défense des libertés humaines — Moacyr Ama- ral Santos .....	146

### DOCUMENTS

La succession jacente — Braz de Sousa Arruda .....	157
--	-----

### CHRONIQUE UNIVERSITAIRE

Les carrières juridiques dans l'état de São Paulo — Antônio Fer- reira de Almeida Júnior .....	168
---	-----

### TRAVAUX D'ÉLÈVES

L'école positive de Droit Pénal — Renato Alberto T. di Dio .....	182
--	-----

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	250
----------------------------	-----

## TABLE OF CONTENTS

### TRIBUTE

João Arruda — Teodolindo Castiglione .....	9
Bibliography of João Braz de Oliveira Arruda .....	32

### DOCTRINE

A scheme of philosophy of law — L. Recaséns Siches .....	48
The foundation of the tri-dimensional conception of law — Miguel Reale .....	66
On jurisprudence — Washington de Barros Monteiro .....	88

### LECTURES AND SPEECHES

The meaning of august 11th — Colemar Natal e Silva .....	95
The philosophy as a self-determination of a people — Miguel Reale .....	104
The problem of value in the contemporary world — Miguel Reale .....	126
Again and forever, defense of human liberties — Moacyr Amaral Santos .....	146

### DOCUMENTS

Un-claimed inheritance — Braz de Sousa Arruda .....	157
---	-----

### UNIVERSITY CHRONICLE

The juridical career in the State of São Paulo — Antônio Ferreira de Almeida Júnior .....	168
---	-----

### STUDENTS CONTRIBUTION

The positivistic school of penal law — Renato T. di Dio .....	182
---	-----

<b>RIBLIOGRAPHY</b> .....	250
---------------------------	-----





## 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](mailto:dtsibi@usp.br)).