





N3- 41

Revista  
Da  
Faculdade de Direito

# FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## DIRETOR

DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL

## VICE DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAIID

## CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

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

## PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)  
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)  
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)  
ENRICO TULLIO LIEBMAN  
GUILHERME BRAGA DA CRUZ

## PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)  
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)  
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)  
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)  
DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)  
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)  
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)  
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO  
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1885-1964)

## PROFESSORES JUBILADOS

DR. ALEXANDRE CORREIA  
DR. LINO DE MORAES LEME  
DR. ALVINO FERREIRA LIMA  
DR. VICENTE RAO  
DR. JORGE AMERICANO  
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR  
DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO

## PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo  
DR. ERNESTO LEME de Direito Comercial  
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal  
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal  
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO, JUNIOR de Legislação Social  
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal  
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal  
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado  
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito  
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciência das Finanças  
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional  
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado  
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil  
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito  
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política  
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial  
DR. ALFREDO BUZAIID de Direito Judiciário Civil

DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil  
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil  
DR. NICOLAU NAZO de Direito Civil  
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal  
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil  
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano

#### LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal  
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal  
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal  
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil  
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal  
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil  
DRA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal  
DR. JOSÉ LOUREIRO JUNIOR de Direito Constitucional  
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política  
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Internacional Privado e de Direito Civil  
DR. LUÍS ARAÚJO 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 MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público  
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil  
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política  
DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política  
DR. RENATO CIREL CZERNA de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política  
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial  
DR. FILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial  
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal  
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo  
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política  
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil  
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil  
DR. LUIS AMBRA de Direito Judiciário Civil  
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal  
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil  
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil  
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal  
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional  
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social  
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social  
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil  
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado  
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil  
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal  
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil  
DR. RUI BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito  
DR. JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA de Direito Financeiro  
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro  
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro  
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro  
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil  
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial  
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil  
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro  
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política  
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado  
DR. JOSÉ CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo  
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional  
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal  
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil  
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à  
Ciência do Direito

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LX

1965

EM HOMENAGEM AO JUBILEU DE CÁTEDRA  
DOS PROFESSORES BASILEU GARCIA E  
JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA.



## COMISSÃO DE REDAÇÃO.

*Professôres:*

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 HOMENAGEM AO JUBILEU DE CÂTEDRA DOS ILUSTRES MESTRES BASILEU GARCIA E JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA.



## *HOMENAGENS.*

### Professor Dr. Basileu Garcia.

Comemora, neste ano, seu jubileu de cátedra um dos ilustres professôres desta Faculdade, Dr. Basileu Garcia.

Professor Basileu Garcia, filho de Sebastião Garcia Veiga e de D. Joana Lemenhe Garcia, já falecidos, nasceu em Rio Claro, neste Estado, a 2 de março de 1905.

Fêz os estudos primários em Taquaritinga e os secundários no Ginásio do Estado em Campinas, diplomando-se em 1922. Em 1923 matriculou-se na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, colando grau em 1929 por ter sido obrigado a interromper os estudos.

Participou, quando estudante, da redação do Diário da Noite, do qual foi, mais tarde, redator-secretário. Foi também redator-chefe do Diário de São Paulo, então já bacharel em Direito.

De 1930 a 1940 exerceu a Promotoria de Justiça nesta Capital, interrompendo várias vêzes êsse exercício a fim de ocupar interinamente a Procuradoria Geral da Justiça e a Diretoria Geral da Secretaria da Segurança Pública. Nessa mesma época freqüentou o Curso de Aperfeiçoamento de Medicina Legal do Instituto Oscar Freire.

Integrou em 1935 a Comissão Revisora, sob a presidência do presidente da Côrte de Apelação, para estudar e emitir pareceres quanto ao reaproveitamento de funcionários do Estado, exonerados discricionariamente. No ano seguinte foi designado para exercer a fiscalização dos serços do Ministério Público do Estado.

Posteriormente lecionou Criminologia nos Cursos de Peritos e Delegados da Escola de Polícia, hoje Instituto de Criminologia desta Capital. Participou também da Congregação da Faculdade Paulista de Direito, regendo uma das cátedras de Direito Penal.

Com a tese *Soluções Penais de Repressão ao Crime de Morte*, submeteu-se a concurso para a Cadeira de Direito Penal desta Faculdade, tendo sido classificado em primeiro lugar. Nomeado para a cátedra em 1940, recebeu-a em sessão solene da Congregação a 16 de maio daquele ano.

Como catedrático, participou do Conselho Técnico Administrativo de 1945 a 1958, exercendo, como seu elemento mais antigo e por diversas vezes, a diretoria desta Faculdade em substituição.

É membro da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, tendo sido presidente de sua secção de Criminologia e redator dos *Arquivos*.

Tanto no exercício do Ministério Público como no da Procuradoria do Estado ou da Cátedra, dedicou-se o professor Basileu Garcia, com entusiasmo e profundez, aos estudos de sua especialidade; publicou livros e artigos que constituem extensa e preciosa bibliografia, parte da qual a seguir relacionamos.

Desde 1951, faz parte da Comissão Redatora desta Revista, que o reverencia pelo jubileu honroso e proficiente de sua cátedra.

### Bibliografia.

#### LIVROS PUBLICADOS:

*Soluções Penais da Repressão ao Crime de Morte*, 1938.

*Comentários ao Código de Processo Penal*, 3.º vol., da Co-  
leção editada pela Revista Forense, 1945.

*Instituições de Direito Penal*, 1.ª ed., 1951.

#### ALGUNS DOS PRINCIPAIS ARTIGOS E PARECERES:

*Delitos das Testemunhas*, Revista da Faculdade de Direito,  
37/144, e Revista dos Tribunais, 142/469.

*Ordem Illegal*, Revista dos Tribunais, 146/22.

*Falsidade Ideológica*, Revista dos Tribunais, 149/470.

- Falsidade*, Revista dos Tribunais, 154/511.
- O Delito de Rixa*, Revista dos Tribunais, 162/3.
- Medidas de Segurança*, Revista da Faculdade de Direito, 40/67 e Revista dos Tribunais, 162/455.
- Ação Penal*, Revista dos Tribunais, 173/90.
- Prisão Preventiva*, Revista dos Tribunais, 175/106.
- Beccaria e o Tratado “Dos Delitos e das Penas”*, Revista dos Tribunais, 179/513 e Revista Forense, 123/27.
- Da Suspensão Condicional da Pena*, Revista dos Tribunais, 177/3.
- Induzimento, Instigação ou Auxílio ao Suicídio*, Revista dos Tribunais, 176/425.
- Violação de Domicílio*, Revista dos Tribunais, 180/473.
- Propriedade Industrial, Uso Indevido de Nome Comercial Alheio*, Revista dos Tribunais, 181/52 e Revista Forense, 128/52.
- Ação Penal — Decadência do Direito de Queixa*, Revista dos Tribunais, 181/52.
- Crimes Contra os Costumes*, Revista Forense, 127/345 e Revista dos Tribunais, 182/519.
- Violação de Segredo*, Revista da Faculdade de Direito, 44/51, Revista Forense, 131/348 e Revista dos Tribunais, 187/3.
- O Comunismo e a Justiça*, Revista dos Tribunais, 187/517.
- Crime Contra a Economia Popular — Obstação ao Uso de Prédio Locado*, Revista Forense, 130/388 e Revista dos Tribunais, 191/43.
- Conflito Aparente de Normas*, Revista Forense, 137/23 e Revista dos Tribunais, 193/3.
- Prescrição Penal*, Revista Forense, 138/54 e Revista dos Tribunais, 194/3.
- Reabilitação*, Revista dos Tribunais, 194/587.
- Crimes Patrimoniais entre Cônjuges e Parentes*, Revista Forense, 143/35 e Revista dos Tribunais, 200/3.

- Lesão Corporal Grave*, Revista dos Tribunais, 203/48.
- Efeitos Cíveis da Sentença Penal*, Revista Forense, 133/336 e Revista dos Tribunais, 191/3.
- A Suspensão Condicional da Pena Perante a Lei de Imprensa*, Revista dos Tribunais, 216/3.
- Prisão Preventiva Compulsória*, Revista dos Tribunais, 219/26.
- Emissão de Cheque sem Fundos*, Revista dos Tribunais, 255/31 e Revista Forense, 174/102.
- Falsificação de Documento Público*, Revista dos Tribunais, 256/37.
- A Constituição do Brasil e o Direito Penal*, Revista dos Tribunais, 258/3.
- Contravenção Florestal*, Revista dos Tribunais, 273/75.
- Violação de Sigilo e Investigação Criminal*, Revista dos Tribunais, 278/72.
- Crime de Calúnia*, Revista Forense, 182/90 e Revista dos Tribunais, 280/39.
- Sonegação Fiscal e Falsidade Ideológica*, Revista dos Tribunais, 281/52.
- O Advogado no Inquérito Policial*, Revista dos Tribunais, 303/805.
- Reforma da Pena de Multa*, Revista dos Tribunais, 306/20.
- Prescrição Criminal*, Revista dos Tribunais, 312/92.
- Panorama da Prisão Provisória ou Processual no Brasil*, Revista dos Tribunais, 315/52.
- Privilégio de Invenção*, Revista dos Tribunais, 317/38.
- Talidomide e Abortamento*, Revista dos Tribunais, 324/7.
- Decadência no Crime Permanente e no Crime Continuado*, Revista dos Tribunais, 326/7.
- Prefácio a Battaglini no Brasil*, Revista da Faculdade de Direito, 59/79 e Revista dos Tribunais, 332/547.

- Das Penas Principais e sua Aplicação*, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, 4/43 e Revista dos Tribunais, 339/7.
- Por Três Anos até 1955* (Discurso de Paraninfo), Revista da Faculdade de Direito, 52/266.
- Na Última Vez...* (Discurso de Paraninfo), Revista da Faculdade de Direito, 57/328 e Revista dos Tribunais, 333/621.
- Crimes Contra a Administração Pública*, Revista Forense, 100/222 e 441.
- Loucura e Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Revista Penal e Penitenciária, 1/289.
- O Crime Continuado na Conceituação do Novo Código Penal*, Justitia, Vol. 2, Fasc. 1, Pág. 195.
- Crime de Abortamento Seguido de Morte da Paciente*, Revista Penal e Penitenciária, 1/187.
- Delito de Contágio*, Justitia, Vol. 1, Fasc. 1, 2, 3, Págs. 37/75, 13.
- A Coisa Julgada e o Remédio do "Habeas-Corpus"*, Justitia, 2/7.
- A Polícia e o novo Código Penal*, Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, 2/405 e Revista Forense, 90/18.
- Estelionato e Outras Fraudes*, Anais do Primeiro Congresso Nacional do Ministério Público, 4/147 e Revista Forense, 103/30.
- Influência dos Motivos Determinantes*, O Novo Código Penal, 2/19 e Revista Forense, 93/244.
- Regimes Adequados ao Cumprimento das Penas de Reclusão e Detenção*, Revista da Faculdade de Direito, 37/100 e Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, 4/617, Estudos Penitenciários, ano 1943, pág. 45, e Revista Forense, 98/737.

*Causalidade Material e Psíquica*, O Nôvo Código Penal, 1/69  
e Revista Forense, 90/593.

*Delito de Contaminação*, O Nôvo Código Penal, 2/121 e Re-  
vista Forense, 94/228.

*Em Torno da Legítima Defesa*, Justitia, Vol. 4, Fasc. I e II,  
e Revista Forense, 93/628.



## Professor Ataliba Nogueira.

Oriundo de família de lavradores, nasceu o professor José Carlos de Ataliba Nogueira aos 29 de maio de 1901, na cidade de Campinas, Estado de São Paulo, filho de João de Ataliba Nogueira Junior e de d. Alexandrina Loureiro de Ataliba Nogueira (Registro civil de Campinas, 2.<sup>a</sup> zona, livro 14, folhas 112, n. 536).

Foi batizado no curato da catedral (então matriz nova da Conceição), no dia 8 de janeiro de 1902, pelo pároco, monsenhor dr. José de Almeida e Silva (livro 28, folhas 181).

Fêz os estudos primários no segundo grupo escolar da sua cidade natal (1910), no Liceu Salesiano de Nossa Senhora Auxiliadora, da mesma cidade (1911) e no Seminário Episcopal de Pouso Alegre (Minas Gerais, 1912 e 1913). E todo o curso secundário, no Ginásio Diocesano de Santa Maria (1914 a 1919), o qual acabava de ser fundado, em Campinas, pelo seu saudoso e santo primeiro bispo, d. João Batista Correia Neri. A tão notável educador é que deve a sua formação espiritual e intelectual.

Matriculou-se no ano seguinte na Faculdade de Direito de São Paulo, havendo colado grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais aos 20 de dezembro de 1925. Orador oficial do *Centro Acadêmico Onze de Agosto*, em 1922 tomou parte em numerosas comemorações acadêmicas, por ocasião do centenário da independência nacional, notadamente no congresso de estudantes, que reuniu os alunos de tôdas as escolas superiores então existentes em São Paulo. Nos seus tempos da Academia jurídica, proferiu discursos, principalmente de saudação a personalidades nacionais e estrangei-

ras, que visitaram a Faculdade. Colaborou em *O XI de Agosto*.

Tendo em vista a sua atuação, quando estudante, prognosticou os seus êxitos futuros o professor Spencer Vampré, no final do segundo volume das suas *Memórias para a História da Academia de São Paulo* (1925).

A fim de poder realizar os estudos superiores exerceu, sucessivamente, êstes empregos de parca remuneração: redator do *Jornal do Comércio*, edição de São Paulo; escriturário da Estrada de Ferro Sorocabana e, por concurso, da Secretaria da Fazenda e Tesouro do Estado; professor dos cursos diurno e noturno do Liceu Salesiano do Sagrado Coração de Jesus.

Foi vicentino e congregado mariano, na paróquia de Santa Ifigênia. Exerceu a presidência dêste último sodalício e, durante a sua gestão, foi instituída a comunhão pascal dos acadêmicos (1923), bem como a comemoração anual da data da fundação da cidade (25 de janeiro), junto ao monumento do Pátio do Colégio, sem qualquer interferência do mundo oficial e exclusivamente pelos congregados marianos e alunos das escolas primárias católicas (1925). Foi também secretário do semanário da congregação, *O Mensageiro da Paz*.

Lente interino da cadeira de instrução moral e cívica, recentemente criada no único ginásio do Estado então existente na capital, nomeado por decreto de 18 de fevereiro de 1926, regeu também em caráter interino a de latim.

Foi nomeado promotor público da comarca de Itapeitinga, por decreto de 28 de dezembro de 1926. Nesta cidade, lecionou português, no curso anexo da Faculdade de farmácia e odontologia. Por decreto de 16 de dezembro de 1927, foi promovido a quinto promotor público da capital, cargo então criado. Freqüentou assiduamente a tribuna do juri, foi auxiliar do ministro procurador geral e por mais de uma vez também procurador geral do Estado "ad hoc". Representou o ministério público no conselho penitenciário, por vários anos.

Em 1932 e 1933, fêz o curso de doutorado, recentemente criado na Faculdade de Direito.

Quando ainda cursava o segundo ano jurídico, em 1922, matriculou-se na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento, da qual mais tarde veio a ser professor catedrático de sociologia, a partir de 1936. Foi também professor de Direito Penal (primeira cadeira) da extinta Faculdade Paulista de Direito, fundada pelo professor Sampaio Dória.

De novembro de 1932 a junho de 1933 exerceu o cargo de secretário do govêrno do Estado de São Paulo.

Em 1937 e 1938, respectivamente, fêz concursos para professor catedrático de Direito Penal (primeira e segunda cadeiras) da velha Academia de São Paulo, em virtude do primeiro dos quais foi nomeado livre-docente da disciplina, tendo colado grau de doutor em direito aos 26 de outubro de 1937.

No concurso de trabalhos jurídicos, realizado pelo Instituto dos advogados de São Paulo, 1937, obteve o primeiro prêmio o seu livro *Medidas de Segurança*.

O professor Alcântara Machado, autor do ante-projeto do código penal de 1940, declara na exposição de motivos dirigida ao ministro da justiça que o referido livro exerceu influência na elaboração do capítulo das medidas de segurança. E o ministro Nelson Hungria, do Supremo Tribunal Federal, da comissão revisora do projeto, ao tratar desta matéria tão nova no código penal, cita em seus comentários, mais que a qualquer outra autoridade nacional ou estrangeira, a do professor Ataliba Nogueira (1.<sup>a</sup> edição).

Em junho de 1939, chefiou a delegação de alunos que a convite da Universidade do Chile visitou aquêlê país. Proferiu conferências na Universidade de Santiago, na Universidade Católica da mesma cidade, no Instituto de Ciências Penales e na Faculdade de Direito de Valparaiso. Visitou também as Universidades de Buenos Aires, La Plata e Montevideo.

Pertence às seguintes associações: sócio correspondente do Instituto Histórico e Geográfico brasileiro; do Instituto Histórico e Geográfico da Paraíba, Bahia e Sergipe; sócio efetivo e ex-orador oficial, por vários anos, do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo; sócio titular da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo; do Instituto de Direito Social e do Instituto Internacional de Direito Social; do Instituto de Estudos Genealógicos; da Associação dos Jornalistas Católicos; do Instituto dos Advogados; membro da Ordem dos Advogados do Brasil; do Instituto Chileno Brasileiro de Cultura de São Paulo do qual foi fundador e presidente; do Instituto de Ciências Penales (Santiago); do extinto Centro dom Vital, de São Paulo; da antiga Sociedade de Educação e da Associação dos antigos alunos da Faculdade de Direito; do PEN Club do Brasil.

Tomou parte no primeiro congresso nacional do ministério público, na segunda conferência interamericana de advogados, primeiro congresso jurídico nacional (15 de agosto a 7 de setembro de 1943); primeiro congresso internacional de direito social (8 a 15 de agosto de 1954); oitava conferência interamericana de advogados (15 a 22 de março de 1954); congresso hispano-luso-filipino de direito (1954); sexto congresso jurídico nacional (1955); primeiro congresso de câmaras municipais do Estado de São Paulo (setembro de 1948), como representante do presidente da República, general Eurico Gaspar Dutra; quinto congresso de história do Brasil e congresso brasileiro de cultura greco-latina (1958).

Iniciou a sua atividade jornalística em *A Pena*, órgão dos alunos do Ginásio Diocesano de Santa Maria, em Campinas; fundador e diretor de *A Gazeta de Jaguari* (1919); secretário da redação de *O Mensageiro da Paz* (São Paulo); redator do *Jornal do Comércio*, edição de São Paulo, colaborador de *A Gazeta*, de São Paulo e de *O XI de Agosto*, fundador e diretor do *Diário Paulista*, órgão católico, em

1926; colaborador de *A Tribuna*, de Itapetininga, do *Diário de São Paulo* e de *O Jornal*, do Rio de Janeiro.

Por decreto de 20 de março de 1939 foi designado para reger a cadeira vaga de direito público e constitucional da centenária Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, para cujo preenchimento efetivo se submeteu a concurso e, obtida a classificação em primeiro lugar, foi nomeado professor catedrático da disciplina, por decreto de 8 de outubro de 1940, tendo tomado posse no dia 12 seguinte, perante a congregação. Saudou-o o professor Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

Ao se organizarem as Faculdades católicas de Campinas, em 1941, foi professor das cadeiras de direito internacional e de história moderna e contemporânea, respectivamente, na Faculdade de ciências econômicas e na de filosofia, ciências e letras.

Ocupou a cátedra de legislação de imprensa e ética do Curso de jornalismo Casper Libero, da Pontifícia universidade católica de São Paulo.

Tem banca de advocacia na capital do Estado, não a tendo abandonado nem mesmo ao ser eleito, a 2 de dezembro de 1945, deputado federal pelo Estado de São Paulo à Assembléia Nacional Constituinte instalada no Rio de Janeiro a 1.º de fevereiro de 1946.

Fêz parte da grande comissão constitucional, composta de apenas trinta e seis representantes, encarregada de elaborar o projeto de constituição, tendo sido escolhido para relator da sub-comissão de organização federal e da sub-comissão da família, educação e cultura. Defendeu ardorosamente e com sucesso os postulados sociais da Liga Eleitoral Católica, tendo sido da sua lavra os pareceres contra o divórcio, pelos efeitos civis do casamento religioso e pelo ensino religioso. Propugnou pela participação dos empregados no lucro das empresas, pela maior amplitude da federação e pela maior autonomia dos municípios além de outros assuntos de saliência política. Percorrendo-se os *Anais* daquela notável Assembléia Constituinte, verifica-se

que o representante de São Paulo, professor Ataliba Nogueira, discutiu todos os assuntos de importância, em vários deles havendo obtido a modificação do pensamento predominante no início dos debates.

Por mais de quatro anos de legislatura ordinária (1946-1951), foi membro da comissão de constituição e justiça da câmara dos deputados. Tomou parte saliente nos debates parlamentares dos assuntos de maior importância, tais como: cassação do mandato dos representantes do partido comunista, lei do casamento religioso, lei de alimentos aos filhos naturais, projeto de equiparação da companheira à esposa.

Não foi candidato à renovação do mandato porque pleiteou a eleição para o elevado cargo de vice-governador do Estado de São Paulo nas eleições de 1950, tendo obtido grande votação que contudo não lhe deu vitória, colocando-o porém em segundo lugar. Teve que lutar com o candidato do presidente da república, do governador do Estado e do senador Getúlio Vargas.

No ano de 1956 visitou várias universidades norte-americanas e as de Montreal e Quebec, no Canadá. No ano seguinte tornou a viajar para a Argentina e Uruguai.

Ainda em 1957 foi nomeado delegado do Brasil à XII Assembléia geral das Nações Unidas. Naquele forum então de oitenta e dois estados tomou parte nos debates de maior importância, principalmente nos que se feriram a propósito da definição jurídica de agressão e na interpretação de certos artigos da Carta das Nações Unidas. Seu primeiro discurso foi comentado pelo *New York Times*.

Eleito no ano de 1959 para a cadeira n. 29 de Academia Paulista de Letras, cujo patrono é o poeta Paulo Eiró, tomou posse em 1960.

Ainda em 1959 foi nomeado vice-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Em 1960 é nomeado para a comissão encarregada de organizar, no Palácio do Itamarati, a Academia de Altos Estudos de Política Internacional e Diplomacia.

É nomeado em 1964 para o cargo de Secretário de Estado dos Negócios da Educação, do Estado de São Paulo, tendo tomado posse aos 30 dias do mês de março.

No mesmo ano, em 26 de junho, foi designado para exercer cumulativamente com a pasta da educação, as funções de Secretário de Estado da Justiça e Negócios do Interior, interinamente.

Fundou o Instituto de Direito Público, do qual é diretor e participa da Comissão Redatora da *Revista da Faculdade de Direito*. Foi ainda membro do Conselho Técnico Administrativo da Faculdade.

Em outubro de 1964 empreende viagem à Europa a convite dos governos alemão e francês, para conhecer a organização das “Technikerschule” e “Ecoles d’Arts et Métiers” e receber doação de equipamentos feita pelos mencionados governos ao Estado.

Pelos serviços prestados à Igreja, dentro e fora do parlamento, principalmente em defesa da família, recebeu alta condecoração do Santo Padre Pio XII, entregue solenemente pelo eminentíssimo e reverendíssimo senhor cardinal D. Carlos Carmelo de Vasconcelos Mota, arcebispo metropolitano de São Paulo.

Tem proferido discursos e conferências em numerosas associações e oportunidades, salientando-se as suas orações nos congressos eucarísticos de quase tôdas as dioceses da província eclesiástica de São Paulo e, ainda, em Vitória (Espírito Santo), Barra do Pirai (Estado do Rio), Ilhéus (Bahia) e Cuiabá (Mato Grosso).

#### Condecorações.

*Ordem al mérito*, do Chile, no grau de comendador, entregue, solenemente, no dia 12 de outubro de 1939, pelo cônsul geral do Chile, em São Paulo, dr. Miguel Ignacio Bravo y Bravo;

*Ordem Eqüestre do Santo Sepulcro de Jerusalém*, no grau de comendador com placa (grande oficial), concedida por breve pontifício e entregue por sua eminência reverendíssima d. Carlos Carmelo de Vasconcelos Mota, cardinal-arcebispo metropolitano de São Paulo, no dia 12 de outubro de 1949.

*Ordem de Malta*, com a cruz de mérito da primeira classe, em pergaminho datado de 10 de janeiro de 1953.

*Grande Cruz do Mérito com Estrela*, conferida pelo presidente da República Federal da Alemanha, aos 21 de abril de 1964.

### Medalhas.

*Cuauhtemoc*, do México, comemorativa do primeiro centenário da Independência do Brasil, recebida a 12 de outubro de 1922;

*Rio Branco*, do govêrno brasileiro, comemorativa do centenário do nascimento do barão do Rio Branco (1946);

*Rui Barbosa*, do govêrno brasileiro, comemorativa do centenário do nascimento do conselheiro Rui Barbosa (1949).

*Palmas Acadêmicas*, no grau de oficial da Ordem. Condecoração do govêrno francês, por decreto do primeiro ministro, datado de 23 de junho de 1965.

### Bibliografia.

Além de mais de uma centena de memoriais forenses, escreveu numerosos artigos para revistas e jornais e as obras seguintes:

#### TRABALHOS JURÍDICOS:

*A reforma da Constituição Federal*, 1926.

*A Instrução Moral e Cívica — Sua Utilidade*, 1926.

- Vadiagem. Separata da Revista de Criminologia e Medicina Legal*, vol. II, 1928.
- Combate às Publicações Imorais*, 1929.
- As Loterias Estaduais e o Fisco*, 1930.
- Medidas de Segurança*, 1937.
- Pena sem Prisão*, 2.<sup>a</sup> ed., 1956.
- O Estado é Meio e não Fim*, 3.<sup>a</sup> ed., 1955.
- As Medidas de Segurança no Nôvo Código Penal*, 1941.
- As Medidas de Segurança em Espécie*, 1941.
- Estabelecimentos e Regimes para Execução das Medidas de Segurança*, 1943.
- O Município e os Municípes na Constituição*, 1947.
- O Pan-americanismo e o Superestado*, 1947.
- Rui Barbosa e as Fontes do Direito Constitucional Brasileiro*, 1949.
- O Crime do Tênis Clube* (legítima defesa putativa), 1948.
- Majoração dos Subsídios de Prefeito* (questão constitucional), 1953.
- As Nações Unidas e a Definição de Agressão*, 1957. Discurso na XII Assembléia Geral das Nações Unidas.
- Adaptação do sistema parlamentar de Governo ao Estado*, 1962.

TRABALHOS PARLAMENTARES :

- Faculdade de Ciências Políticas*, 1946.
- A Federação e o Município*, 1946.
- O Divórcio*, 1946.
- O Ensino Religioso*, 1946.
- A Constituição e os Partidos Antidemocráticos. O Mandato dos representantes Comunistas*, 1947.
- Sôbre o Projeto de Reconhecimento dos Filhos Naturais*, 1947.
- Efeitos Cívís do Casamento Religioso*, 1950.

TRABALHOS LITERÁRIOS E HISTÓRICOS:

*Santo Antônio na Tradição Brasileira*, 1933.

*Um Inventor Brasileiro*. Biografia de Francisco João de Azevedo, 1934.

*Elogio Histórico dos Sócios Falecidos*. Separata da *Revista do Instituto Histórico e Geográfico de S. Paulo*, 1939 a 1944.

*Ministro Costa e Silva*. Traços biográficos, 1941.

*D. Joaquim Mamede da Silva Leite*. Traços biográficos, 1941.

*Elogio Histórico de D. João Neri*, 1945.

*Carlos de Laet*. Centenário de seu Nascimento. Conferência no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1947.

*Professor José Eduardo de Macedo Soares*. No seu centenário, 1956.

*Costa Manso, Doutor "Honoris Causa"*, 1956. Discurso em nome da congregação da Faculdade de Direito.

*Três Poetas*, 1961.

*A Máquina de Escrever, Invento Brasileiro*, 1962.



“IN MEMORIAM”

Spencer Vampré\*.

*Goffredo Telles Junior*

Catedrático de Introdução à Ciência do Direito  
na Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

Spencer Vampré!

Não estará êle entre nós? Não ouvirá o meu chamado? Tão viva é sua lembrança! Tenho a sensação de vê-lo! Custa-me crer que êle aqui não se encontre.

Enquanto eu reunia dados para esta piedosa evocação, era como se meu Professor Vampré ali estivesse presente, a me fazer companhia. Eu o sentia a meu lado, um pouco debruçado sôbre minha mesa, a interessar-se por meu trabalho. Bastava-me fechar os olhos, e êle surgia diante de mim, nítido e perfeito, tal como sempre o conheci.

Havia um sorriso leve em seus lábios, aquêle sorriso que nós sabemos, e que agora nos enche de saudade, um sorriso que não sei descrever, mas que era inefável expressão de bondade, sinal autêntico de sua natureza. E em seus olhos dançava aquêle brilho esperto e divertido, de quem gosta da paisagem do mundo e do espetáculo da vida. Vez ou outra, se não me engano, cheguei a ouvir sua voz, aquêle sussurro inconfundível, aquêle murmúrio abundante, com que êle citava, em latim, sem nenhuma afetação, conceitos de Justiniano e versos de Horácio.

Estou certo, meus amigos, de que o Professor Spencer Vampré se encontra entre nós.

---

\*. Discurso proferido em sessão solene realizada a 28 de agosto de 1964, no salão nobre desta Faculdade, em homenagem póstuma ao Prof. Dr. SPENCER VAMPRÉ.

Vamos deixá-lo sorrir. Porque é dêle, e dêle mesmo, que vou falar.

Spencer Vampré nasceu no município de Limeira, aos 24 de abril de 1888.

Sua primeira mocidade, passou-a na cidade de Rio Claro. Ali aprendeu a ler e a contar. Esteve matriculado na pequena escola do Largo de Santa Cruz, de propriedade de duas senhoras americanas, conhecidas pelo nome de “irmãs Dagama”. Frequentou também as aulas do Professor João Aranha.

Vindo morar em São Paulo, estudou na antiga Escola Americana, às vêzes cognominada Colégio Inglês. Depois, fêz seu curso de preparatórios no Instituto de Ciências e Letras.

Em 1905, ingressou na Academia.

Foi estudante notável, mas trabalhoso. Insurgiu-se, de imediato, contra o método de ensino, usualmente empregado na Faculdade. Êle queria que o Direito fôsse apresentado aos alunos, não como um conjunto etéreo de abstratos institutos, mas como um sistema de princípios racionais, inferidos dos fatos concretos, para disciplina da real convivência humana. Causando assombro entre seus colegas, levantava-se durante a aula, formulava objeções, discutia, discordava, prometia novos argumentos para o dia seguinte, voltava à carga. Seus arazoados demonstravam estudo espantosamente superior ao da média de sua classe. Os mestres, às vêzes, se irritavam com êle, mas o respeitavam. Ardente e inquieto, aquêle menino dava a impressão de ser dono de um mundo.

Nesse tempo, êle ensinava latim no Ginásio Macedo Soares.

Quero chamar a vossa atenção para esta sua primeira atividade profissional. Vêde como logo se manifestaram os pendores mais profundos de seu ser. Naquele curso de

nossa língua-matriz, estava o estudante de direito a revelar, desde cedo, sua vocação para o magistério. E, concomitantemente, a manifestar seu gosto pelas letras clássicas e pelo estudo de humanidades.

Bacharelou-se em 1909. Sem demora, assentou banca de advogado.

Em 1914, publicou seu primeiro livro, que se intitula *O Caso Fortuito nos Acidentes Pessoais de Transporte*.

Com essa obra, inscreveu-se em concurso para professor substituto da Primeira Secção (Filosofia do Direito e Direito Romano), desta Faculdade. Dizem as crônicas e as testemunhas do tempo que se saiu com brilho de tôdas as provas. O Decreto de sua nomeação é de 17 de outubro de 1917. Em 31 do mesmo mês, tomou posse de seu cargo e recebeu grau de doutor. Tinha vinte e nove anos de idade.

Antes disso, em 1914, publicara outro livro: *Das Sociedades Anônimas*. E ainda, em 1916, havia tirado a lume suas preciosas *Institutas do Imperador Justiniano, traduzidas e comparadas com o Direito Civil Brasileiro*.

Mal havia sido promulgado, em 1916, nosso Código Civil, e já, em 1917, Spencer Vampré publicava, sobre o mesmo, dois livros importantes: *O que é o Código Civil e O Código Civil Brasileiro Anotado à Luz dos Documentos Parlamentares e da Doutrina*. Ao primeiro dêles, que muito revela da orientação espiritual de seu autor, voltaremos ainda hoje, mais de uma vez.

Também no ano de 1917, mostrando bem conhecer o pensamento inovador de seu contemporâneo Leon Duguit, publicou um pequeno, mas interessante livro, intitulado: *Existe Direito Subjetivo sem Titular?*

Dois livros seus apareceram em 1918: *Da Lesão Enorme e do Sujeito de Direito e Interpretação do Código Civil*, êste com prefácio de Clóvis Beviláqua. E, em 1919, surgiu seu *Guia Fiscal das Sociedades Anônimas*.

Ano fecundo, na vida de Spencer Vampré, foi o de 1920. Esta é a dada de sua primeira obra-prima, ou seja de seu *Manual do Direito Civil Brasileiro*, em três volumes.

Que hei de vos dizer desta jóia? Quem não a conhece? É obra madura, mas singela, pura e desprezenciosa, como sempre o são as altas criações do espírito humano. Atinge em cheio o seu fim: *ser útil ao leitor*. Caracteriza-se pela excelência da doutrina exposta, pela meticulosa ordem na disposição da matéria, e pela admirável precisão da linguagem empregada.

No ano seguinte, procurando vencer uma velha dificuldade didática, dando prova de sua dedicação ao ensino e de sua magnífica vocação de professor, o mestre publicou um compêndio: *O Latim em Dez Lições, como Introdução ao Estudo do Corpus Juris, Destinadas aos Advogados e Estudantes de Direito*.

Depois veio um dos grandes anos de sua vida, o de 1922, que é quando êle nos deu sua segunda obra-prima, talvez a obra máxima de sua produção de escritor: *Tratado Elementar de Direito Comercial*, em três volumes.

Não preciso descrever-vos êste livro. Êle nos tem acompanhado, a nós todos, desde os bancos acadêmicos. É gema irmã do *Manual* de 1920. É obra igualmente sazoadada e igualmente simples; tão límpida e desafetada como a primeira, apresentando os marcantes característicos das produções perfeitas. Tem ela sido de extraordinário valor para estudantes, advogados e juizes. A maravilhosa segurança de conceitos, o processo lógico e prático de ordenar a matéria, a clareza meridiana da exposição fizeram dêste livro, desde há muito, um clássico do Direito Comercial.

Mais dois anos transcorreram. Spencer Vampré viveu-os, por assim dizer, dentro da Faculdade. Êle era visto, os dias inteiros, mergulhado nas sombras da biblioteca, ou metido por entre pilhas de velhos papéis, no arquivo da Escola. Que estaria fazendo?

E eis que surgem, no ano de 1924, para gáudio de tôda a família acadêmica, seus dois volumes de *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, com os quais Spencer Vampré se fêz historiador de nossa Faculdade.

No ano seguinte, em 11 de Novembro de 1925, foi êle nomeado catedrático de Direito Romano, em substituição ao glorioso Professor Reynaldo Porchat, que, nessa ocasião, se achava em disponibilidade.

O Professor Spencer, durante muitos e muitos anos, ocupou essa cadeira com o brilho que dêle se esperava. Depois, em consequência de um remanejamento ocorrido no currículo da Faculdade, transferiu-se para a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, na qual permaneceu, até ser aposentado em 1953.

Fui seu aluno desta matéria em 1933. É com infinita saudade que relembro êsse fato. Em 1941, tornei-me seu livre docente. E a partir de 1954, tive a honra e a ventura de ser seu sucessor na mesma cátedra.

Em 9 de Maio de 1938, foi o Professor Vampré nomeado Diretor da Faculdade. Dir-vos-ei, dentro de poucos instantes, o que essa nomeação representou em sua vida.

Depois de haver obtido, em 1925, a cátedra de Direito Romano, grande continuou sendo sua produção intelectual. No próprio ano de sua nomeação, publicou uma alentada obra, em três volumes: *Da falência e da concordata*. Depois, artigos, pareceres, discursos foram aparecendo ininterruptamente, a demonstrar sua persistente e admirável capacidade de trabalho. E tudo que dêle vinha, trazia sempre o mesmo cunho de obra esmerada.

Em 1927, publicou *Uma Nova Orientação do Processo Civil*. E não deixemos de mencionar o seu *Repertório Geral de Jurisprudência, Doutrina e Legislação* de que saíram vários volumes.

Seu último livro data de 1935. É obra pequenina, mas primorosa — primorosa até mesmo na composição gráfica e na apresentação do volume —, chamada *Do Nome Civil*, trabalho que êle ofereceu, em comovente dedicatória, aos professôres e alunos desta Faculdade.

Mas Spencer Vampré não era sòmente jurista. Conhecia, como poucos, a língua portugûesa. Para êle, que era

emérito latinista, nosso idioma não tinha segredos. E, em tôda a sua obra, pôs a pureza da linguagem a serviço de sua inspiração. Era uma alma de poeta. Como consequência disto, muitas de suas produções são de inexcêdível beleza. O discurso de paraninfo de 1925, por exemplo, (só publicado em 1932), a que deu o nome de *As três Deusas da Academia*, pode ser considerado uma das mais lindas e mais perfeitas páginas da literatura brasileira.

Nem por outro motivo, era êle membro da Academia Paulista de Letras.

Nesta rápida resenha de sua obra, quero referir-me, de maneira especial, em meio da safra preciosa de sua produção, a mais dois trabalhos seus, de natureza diferente dos demais, e que bem revelam o pensador e o filósofo. São êles: *O Papel do Jurista na Hora Atual*, publicado em 1932, e *As Leis Fundamentais da Evolução Jurídica*, publicado em 1930 e republicado em 1938.

Êstes trabalhos, principalmente o segundo, fazem-nos pensar sôbre o que teria sido, em realidade, a posição de Spencer Vampré, dentro das grandes correntes do pensamento filosófico-jurídico do mundo. Quais eram os pendores de sua inteligência? Qual era sua escola doutrinária? Qual a sua filosofia?

Deixemos que êle próprio dê resposta a estas perguntas. Com a reverência de um fiel discípulo, abro diante de mim as suas obras. Porque é nelas, de certo, que iremos descobrir o que estamos procurando.

Em seu trabalho sôbre a evolução jurídica, dou com as seguintes palavras: “Quando Newton formulou a lei da gravidade universal, sugerida pela maçã que diante dêle caiu ao solo, colheu, sem sair do seu jardim, a verdade fundamental que revolucionou a astronomia, a física e com ela tôda a ciência humana. *Busquemos a verdade em nosso próprio jardim*, observando em tórno de nós, e induzindo dos fatos mais triviais as leis que revelam. Partamos da

idéia de que *em tórno de nós, ao alcance de nossos olhos, estão as leis que buscamos*"<sup>1</sup>.

Com deliberada intenção, inicio esta exposição doutrinária com a citação dessas frases expressivas. Aliás, assim agindo, estou me submetendo às determinações do mestre, pois é êle quem manda *partir* das idéias contidas nessas proposições.

As leis estão em tórno de nós, diz êle, e estão ao alcance de nossos olhos, porque a verdade se encontra em nosso próprio jardim!

Oh, racionalistas impenitentes, martirizadores da inteligência humana! Juristas do intemporal, da quinta-essência e do *noumenon*! Foi para vós, sem dúvida, que Spencer Vampré escreveu estas linhas. Que dizem, afinal, estas linhas? Dizem, simplesmente, que não há necessidade de ir buscar os elementos do direito entre os mistérios insondáveis do universo, e perquiri-lo na essência incognoscível das causas das causas. O direito não medra nas regiões estratosféricas da razão pura ou da pura fantasia humana. Porque não passa de um simples reflexo de nossa corriqueira vida quotidiana.

Em sua aula inaugural de 1932, o suave jardineiro dá cultura jurídica explica: "Perceberam os apaixonados da natureza, que o só segrêdo de vencê-la consiste em lhe obedecer às leis, e por isso a primeira vaidade de que se despiram foi da soberba com que julgaram infinita a supremacia da razão. — Aprenderam a querê-la e estimá-la, na aparente desordem de seus fenômenos, mas na profunda unidade de seus princípios, e a amá-la entranhadamente, amando os progressos do espírito humano, não já com o orgulho envaidecido de quem julga tudo saber e poder tudo, mas na coragem obstinada e prudente de quem conhece os limites da humana sabedoria"<sup>2</sup>.

---

1. *As leis fundamentais da evolução jurídica*, no *Boletim do Instituto da Ordem dos Advogados*, vol. VIII, nos. 1 e 2.

2. *O papel do jurista na hora atual*, São Paulo, 1932, p. 12.

Nessas proposições, em que o mestre já revela um importantíssimo princípio do método jurídico acham-se esboçadas as bases de uma doutrina inteira.

O Direito não pode ser um produto artificial da razão humana. A natureza tem suas leis e exigências. Ignorar as leis da natureza, ou tentar revogá-las com decretos da razão, é praticar ato de estulta vaidade. A razão humana só poderá, de certa forma, “vencer” a natureza, se lhe conhecer as leis e as aceitar.

A primeira lição de Spencer Vampré é, pois, uma lição de prudência e de modéstia.

Desde logo, afasta-se o grande mestre dos chamados “idealistas”, isto é, de todos os moralistas voluntariamente cegos, daqueles que, fascinados e atordoados pelo poder da razão, embandajam seus próprios olhos, para que a clara luz da vida não seja sombra sôbre o que êles consideram a luz de suas próprias criações intelectuais. Spencer Vampré é realista. Êle é o jurista de olhos abertos, de olhos postos na natureza das cousas. E se aconselha a observação dos fenômenos, é porque, para êle, a lei da vida está na própria vida.

A seus alunos, ensina: “Como ao velho poeta do Lácio, nada de humano é estranho ao jurista contemporâneo; sonda, por isso, no horizonte as nuvens que se adensam, perscruta, no fundo das águas, as correntes ocultas, para que a grande náu da justiça humana singre segura até o pôrto de salvamento”<sup>3</sup>.

Êle sabe que o “pôrto de salvamento”, isto é, o que mais convém ao homem, ou seja, o bem ético, é o que fôr solicitado pela essência humana. Eis porque sustenta que o direito positivo deve ser adequado à natureza do homem. Eis porque insiste na necessidade de *conhecer* tal natureza. Ora, só é possível vir a conhecê-la, diz êle, pela observação da realidade.

---

3. *Idem*, p. 24.

E com isto, o mestre demonstra que o método jurídico é, antes de mais nada, um método indutivo.

Fiel a êsse princípio, Spencer Vampré afirma: “Não nos vereis improvisar constituições políticas com a despreocupação fácil com que se comentam, num clube, artigos de jornal, entre baforadas de fumo, ou goles de coquetel. Não assistireis, nesta casa (na Faculdade de Direito), ao contristador espetáculo, em que ignorantes se deliciam, de propôr as mais arrojadas reformas de organização social, como se as nações não obedecessem a leis orgânicas de desenvolvimento, e como se os povos se pudessem nortear ao sabor de mareantes que nunca navegaram, e ante quem os velhos lobos do mar se limitam a calar e a sorrir”<sup>4</sup>.

Spencer Vampré compreende todo o mal das inovações precipitadas, e aconselha: “Evoluamos para formas mais perfeitas, mas possivelmente perfeitas, e não apenas sonhadas para um mundo encantado que não existe senão na desvairada imaginação de sonhadores”<sup>5</sup>.

Mas terá o mestre negado ou desaconselhado a intervenção retificadora da razão na história humana? Ter-se-á filiado, sem reservas e sem objeções, à Escola Histórica do Direito?

Joseph de Maistre sustentara que as instituições humanas são como as árvores; crescem, sem que seja possível saber, exatamente, quanto cresceram cada dia. Já Burke se havia referido à natural operação das cousas, que abandonadas a si mesmas, geralmente entram em sua verdadeira ordem. E Savigny proclamara o princípio de que o direito é gerado, em tôda parte, por fôrças internas e silenciosas, e não pelo arbítrio de um legislador.

Serão essas as idéias de Spencer Vampré?

Talvez não tenha o mestre dado ouvidos à acusação feita por Ihering, de que tal doutrina “é um dos erros mais

---

4. Idem, p. 25 e 26.

5. Idem, p. 19.

fatais que se pode imaginar, porquanto vem aconselhar ao homem que espere, quando deve agir, com tôdas as suas fôrças e com pleno conhecimento de causa ( ), incita-o a esperar, como se lhe dissesse que as cousas caminham por si mesmas, e que o melhor a fazer é cruzar os braços, e esperar confiadamente.”

Qual seria o pensamento de Spencer Vampré?

Uma atitude de mera contemplação não condizia com seu feitio intelectual. Tôda a sua doutrina é de otimismo em relação ao sêr humano. Êle sabe que não é em vão que os homens se separam dos outros sêres por suas nobres faculdades de julgar e de querer. Êle, que pregara a atenta observação da natureza e que demonstrara que o método indutivo está na base de tôda investigação jurídica, não concorda com a doutrina dos braços cruzados e da inércia. Êle crê no poder da inteligência. E é êle quem declara: “Não procuremos os princípios do direito ao sabor de nossas conveniências políticas, ou do que pareça ser as nossas conveniências políticas. *Ergamos os olhos* para os princípios da justiça, que aí encontraremos o que é também soberanamente útil. Cumpre não esquecer que justiça e utilidade são dois aspectos do mesmo conceito, são duas qualificações diversas do mesmo ato. Onde estiver a solução racionalmente justa e humana, aí está certamente o maior interêsse nacional”<sup>6</sup>.

Estas palavras têm o efeito de um jato de luz. Tôda a filosofia do mestre por elas se ilumina. Aquêles olhos, que souberam contemplar a natureza, bem conhecem sua exata função. Spencer Vampré nos diz que não basta obter os dados da experiência; é preciso interpretá-los, é preciso confrontá-los com os princípios da justiça. O que nos *parece* útil deve ser submetido ao juízo da razão, porque só é “soberanamente util” o que fôr racionalmente justo.

---

6. *O que é o Código Civil*, São Paulo, 1916, *O estrangeiro perante o Código Civil*, p. 52.

Ele ensina que os dados da experiência e o útil aparente precisam ser vistos e pesados à luz de superiores e imutáveis princípios de justiça.

Imutáveis? Não terei eu, com esta palavra, acrescentado, por minha conta, alguma cousa ao pensamento do mestre?

Não, não o creio. Estou seguro, pelo contrário, de que exponho, com fidelidade, a sua doutrina.

Ilustrando a tese de que existem supremos princípios de justiça, ditados pela natureza humana, o mestre cita as palavras de Cícero: “antes de compreender as leis, é necessário compreender a sociedade na sua formação; antes de aplicá-las, é necessário conhecer bem o coração do homem”<sup>7</sup>. E Spencer Vampré exclama: “as leis do coração, mais fortes do que tôdas as leis humanas”<sup>8</sup>.

As leis do coração! Que leis são estas? São, evidentemente, leis que não provêm de órgãos legislativos do Estado. São leis inerentes ao homem. Pertencem à natureza espiritual do sêr humano. São leis indemonstráveis, mas evidentes, tôdas elas prêsas aos princípios inarredáveis do bem, da bondade e da perfeição. Princípios perenes, êstes, dos quais o homem não pode fugir, por fôrça de sua própria natureza, e à luz dos quais devem ser interpretadas as efêmeras leis positivas das sociedades humanas.

Sim, para Spencer Vampré, há princípios de justiça que são imutáveis. Há um direito que é imutável. A fim de exprimir esta idéia de maneira inequívoca, êle afirmou: “Não há direitos, mas, um Direito”<sup>9</sup>. E note-se que isto foi escrito em seu livro *O que é o Código Civil*.

Um só Direito. Isto é: inspirando todos os Direitos positivos, uma só noção do *justo*, do *bem jurídico*. Fran-

---

7. *A arte de julgar nos tribunais*, na *Revista Jurídica*, 1916, 1.º Ano, n.º 7.

8. *O que é o Código Civil, O Código Civil e a família*, p. 70.

9. *Idem, Considerações gerais sobre o Código Civil*, p. 142.

cisco Olgiati diria: “Assim como os conceitos de *sêr* e de *vir-a-sêr* são imutáveis, embora mudem os sêres, assim não muda o conceito de *justo*, ou seja o conceito de *direito*, não obstante a sucessão incessante e sempre nova de novos direitos concretos”<sup>10</sup>.

O *justo*, a que Spencer Vampré se refere com tanta propriedade, é um aspecto particular do *bem*. Ora, a noção do *bem* não tem origem indutiva. O *bem* é aquilo para que os sêres livremente tendem, como ensinou Aristóteles, em sua “*Ética a Nicomaco*”<sup>11</sup>. Essa proposição não é demonstrável, nem por via indutiva, nem por via dedutiva. Da verdade, que nela se encerra, temos intuição intelectual. Ela é evidente por si própria.

Quer me parecer, portanto, que Spencer Vampré não se contenta com os dados fornecidos pelo processo indutivo.

É claro que, ao fazer esta afirmação, estou tomando a expressão “processo indutivo” no sentido de *raciocínio indutivo*, que constitui uma operação intelectual, e não de *indução psicológica*, que, sendo anterior a qualquer operação do intelecto, consiste na passagem do conhecimento sensível para o conhecimento intelectual.

Sem dispensar os dados fornecidos pelo processo indutivo, conferindo-lhes, pelo contrário, sua exata importância, o mestre reconhece a necessidade de mais alguma coisa. Que coisa mais será preciso? É preciso que a razão, *fundada em princípios superiores e evidentes*, reflita sôbre êsses dados, decorrentes da experiência. Tal reflexão, como é óbvio, há de ser efetuada pelo processo dedutivo.

É assim que Spencer Vampré superou a doutrina positivista do método jurídico, perfilhada pelo grande Pedro Lessa, e resumida na seguinte insustentável proposição:

---

10. FRANCISCO OLGATI, *A redução do conceito filosófico do Direito ao conceito de justiça*, Milão, ed. Giuffrè, 1932, p. 95.

11. ARISTÓTELES, *Ética e Nicomaco*, Livro 1.º, Cap. 1.º.

“Todos os princípios e idéias fundamentais são resultados de induções”<sup>12</sup>.

Spencer Vampré se afasta, como vimos, do chamado “idealismo” jurídico, mas aparta-se, também, do puro empirismo, isto é, dos que, fascinados pela natureza física e pelo mundo do fenômeno, esquecem o poder criador da inteligência humana.

Equilibrado e sereno, coloca-se numa posição intermediária, entre os exageros do empirismo e os excessos do idealismo. Eu disse “posição intermediária”, a fim de que tenhais uma idéia imediata da situação do Professor Vampré, em relação às duas tendências clássicas do pensamento jurídico. Mas, em verdade, sua posição não é propriamente intermediária, porque sua filosofia não exclui as duas orientações referidas. Antes, contém-nas e as supera.

Desde logo, resplandece a beleza inconfundível dessa atitude intelectual.

O mestre, considerando o mundo do *sêr* em razão do mundo do *dever sêr*, soube reunir, em maravilhosa síntese, o *real* e o *ideal*. A tese e a antítese das teorias unilaterais fundem-se em sua doutrina do Direito-Síntese.

Ninguém pense que sua clara afirmação de que “não há direitos, mas um direito”, possa conduzir à estagnação jurídica. A idéia de um Direito imutável, longe de ser fator de inércia, é idéia-fôrça, inspiradora constante das melhores reformas. Porque êsse conceito supremo não coincide jamais com os Direitos Positivos das nações, mas é o ideal cuja realização deve constituir o *leit-motiv* dos autênticos legisladores. A noção do *bem*, de que o *justo*, como já tive oportunidade de dizer, é um aspecto particular, não obtida por argumentações de quaisquer espécies, mas apreendida imediatamente pelo coração humano, provoca uma sêde insaciável de perfeição.

---

12. PEDRO LESSA, *Estudos de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, 1912, *Metodologia jurídica*, p. 15.

Aliás, êle próprio, dando o exemplo, sempre proclamou as verdadeiras conquistas do Direito. Como jurista, foi sempre um batalhador de primeira linha. Chegou a justificar, em certos casos, embora raros, as revoluções feitas em prol do Direito. Disse êle que as revoluções são legítimas “quando uma nação se eleva ao choque elétrico das idéias; quando as idéias de um povo repercutem na mente de seus poetas, de seus pensadores, de seus soldados, de seus cidadãos, numa consonância de sentimentos, numa aspiração coletiva única”<sup>13</sup>. O que recomenda, porém, é que “amemos encarecidamente a pátria, mas, por isso mesmo, fuçamos de martirizá-la como cobáia de laboratórios políticos”<sup>14</sup>.

Seu anseio de “ir para a frente” patenteia-se em seu desconsôlo, quando verifica que “o direito está infelizmente ainda na fase em que se achava a astronomia antes de Newton e de Kepler; a química antes de Lavoisier e Berthelot; a fisiologia antes de Claude Bernard e de Pasteur; a história natural antes de Darwin e Cuvier”<sup>15</sup>.

Coerente com suas idéias, Spencer Vampré nunca permaneceu nas cômodas retaguardas intelectuais.

Ao se promulgar o Código Civil Brasileiro, invectivou, nos seguintes têrmos, os entravadores do progresso jurídico nacional: “Para os espíritos entorpecidos na rotina; para os que já uma vez estudaram e não sentem fôrças de reformar as próprias idéias; para os advogados envelhecidos na profissão que têm de reexaminar cada um de seus atos, outrora automáticos, e verificar se o Código os autoriza; para os juizes desanimados pela injustiça dos governantes, e pela ferrugem da longa judicatura, sem incentivos e sem esperanças; o Código é um hóspede inoportuno, que lhes sofrerá todo o fel das queixas”<sup>16</sup>.

---

13. *O que é o Código Civil, O Código Civil e a Propriedade*, p. 84.

14. *O Papel do Jurista na Hora Atual*, p. 19.

15. *O que é o Código Civil, O Código Civil e as Sucessões*, p. 125.

16. *Idem, Considerações Gerais sôbre o Código Civil*, p. 141.

O mestre afirma que a opinião dos passadistas não é, muitas vèzes, produto do raciocínio. Tal juízo, escreve êle, “é ditado pelo amor ao pretérito, pelo afêrro às idéias antigas, pelo desprezo natural que têm os velhos às leis novas, pela presunção comum nos juristas de que os antigos pensaram, decidiram e escreveram melhor que os modernos”. E acrescenta: “Não esqueçamos que os *laudatores temporis acti*, os louvadores do tempo antigo, são os mesmos, desde as sátiras de Horácio até hoje, e serão os mesmos até a consumação dos séculos”<sup>17</sup>.

Tais palavras, pronunciadas em 1916, nunca foram mais oportunas do que o são nos dias de hoje.

O pensamento de Spencer Vampré não conduz, portanto, à estagnação e à inércia. Pelo contrário: êsse lúcido pensamento, fundado numa clara filosofia realista, é de entusiasmo, de esperança e de inextinguível mocidade.

Sim, de mocidade. Mocidade, no sentido em que êle a entendeu, em seus dois discursos de paraninfo. Dirigindo-se a seus alunos, exortou-os com as seguintes palavras: “sejam eternamente moços, da mocidade imortal do espírito” ( ) “quanto mais envelheçam, mais remocem pelo ideal e pela fé, pelo amor ao Brasil, pelos ímpetos bons e cavalheirescos, que não conhecem castas, nem riquezas, nem poderios, nem raças, nem credos”<sup>18</sup>.

Mocidade, no sentido em que êle a compreendeu, quando disse: “aqui dentro (dentro da Faculdade) os velhos mestres rejuvenecem cada ano”<sup>19</sup>.

Êle próprio dava uma extraordinária impressão de mocidade. Não parecia envelhecer.

---

17 Idem, idem, p. 142.

18. *Discurso de paraninfo*, 1925.

19. *O papel do Jurista na Hora Atual*, p. 29.

Gostava de estar entre os estudantes. Participava, de corpo e alma, da vida universitária de seus alunos. Passeava com êles. Levava-os ao Teatro. E era venerado pelos moços.

Prova de sua juventude espiritual foi a insistência com que teimou em criar o coral acadêmico. Êle queria, por tôda lei, que a Faculdade cantasse. Seu desejo era que os estudantes entoassem, nas solenidades e festas da Escola, ao menos o Hino Acadêmico. Não vêdes, nisso, prova de admirável mocidade de espirito?

Mais de uma vez, distribuiu entre os estudantes a letra do Hino, que êle mandava imprimir a sua custa. Mais de uma vez, pôs numerosos grupos de estudantes em contato com músicos regentes. E foi por causa de sua influênciã, de sua perseverança, de seu entusiasmo, que o Diretor da Faculdade, o saudoso Professor Gabriel de Rezende, mandou adquirir, após muita relutância, o primeiro piano desta Escola, para acompanhamento de nossos estudantes cantores.

Lembro-me de um episódio que bem demonstra sua afinidade com os moços. Peço-vos permissão para narrá-lo, porque, a meu ver, é fato altamente ilustrativo de seus intimos sentimentos, relativos aos alunos das Arcadas.

Certa manhã, cumpridas as nossas obrigações de professores, íamos descendo, êle e eu, a escadaria da Faculdade. Quando chegamos ao patamar, entre o primeiro e o segundo lance de degraus, êle se deteve.

Era um claro dia de Setembro. A aula das onze tinha terminado.

Diante de nós, o velho pátio, batido de sol, regorgitava de estudantes.

Bem conheceis, senhores professores, o quadro que se descortina aos olhos de quem se encontra no ponto em que mestre Vampré e eu estávamos naquele instante. Não vos pretendo descrever, evidentemente, a cena que presenciávamos. Lembrarei, apenas, que é cena com fôrça encan-

tatória, capaz, de fato, em certos dias luminosos, de nos fazer estacar, entre surpresos e comovidos, como se fôsse uma visão espantosa e inesperada, que, de súbito, nos tocassem o coração. Que tem ela, afinal, de tão extraordinário? É possível que não tenha nada, a não ser para nós, professôres. Movimento e alarido, as efusões da mocidade e a magia dos vinte anos, isso e mais não sei que eflúvios, talvez a sugestão das Arcadas, talvez o magnetismo das antigas pedras no chão do pátio, eis o que se apresenta, de chôfre, a quem dobra o cotovelo da escadaria, no alto do patamar. Cousa de pouca monta, bem sei, mas o suficiente para nos transportar à pura e misteriosa esfera do sonho. Spencer Vampré se immobilizara. Êle, que tantas e tantas vêzes apreciara aquela cena, mais uma vez quedava-se, embevecido, diante dela.

Foi um momento só. Mas senti, nesse momento fugaz, o incontido arrebatamento de sua alma paterna e benfazeja.

E eu o vi, num gesto mudo, erguer os braços, estendê-los abertos para a frente, como se quisesse, num grande e doce amplexo, trazer para seu peito, a mocidade tôda de nossa Academia.

No livro *Do nome civil*, publicado em 1935, há uma dedicatória, a que já me referi, e que merece que a ela volvamos nossa agradecida atenção. Palavras bem simples, sem dúvida, as que ali se encontram, impressas em letras itálicas, no limiar da obra, palavras como eram em geral as suas palavras, expressões singelas de uma alma reta, mas tão ricas de sentimento, que se tornam mais eloqüentes do que um longo discurso. Elas tudo nos revelam sôbre seu amor pela Faculdade.

Não me posso furtar ao desejo de ler essas linhas, mesmo porque elas se dirigem a nós, mestres e estudantes da Academia, e têm, para nós, um significado especial.

Com a reverência de quem cita um passo venerável, vou reproduzi-las textualmente, na certeza de que sabereis entendê-las na intenção com que foram escritas.

Eis a dedicatória: “Aos eminentes professôres, e aos queridos alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, — guardas zelosos de uma secular tradição de cultura e de civismo, — ofereço êste pequeno trabalho, como lembrança da mais íntima e afetuosa colaboração, durante dezessete anos que “foram como o dia de ontem que passou”, mas que serão sempre de perene e inextinguível saudade em meu coração”.

Colaboração íntima e afetuosa, escreve o Professor Spencer Vampré. Êsses dois adjetivos já nos dizem sôbre a qualidade das relações que o unia a seus colegas e a seus estudantes. Quanto à mencionada colaboração, quem a deu foi êle, mais do que ninguém, em benefício da continuidade daquela secular tradição, a que êle se reporta.

Declara o mestre que os dezessete anos decorridos foram como um só dia, o dia de ontem que passou. Um só dia! Vêde, meus amigos, a explícita confissão do que era o mundo encantado, que era o seu mundo. Êsses dezessete anos foram, certamente, o melhor de sua vida, mas foram como se o melhor de sua vida, êle o tivesse passado em sonho, no sonho, talvez, de uma noite apenas.

Sonho ou realidade, pouco importa. O que êle sabe e o que êle nos diz é que os anos da Academia haveriam de ser sempre, para seu coração, um tempo de perene e inextinguível saudade. o tempo mais delicioso de sua existência.

Seu amor pela Academia — e vós o sabeis tão bem quanto eu — não era uma simples inclinação, um mero afeto. Não. Era, em verdade, uma paixão dominante.

Há quem sustente, minhas senhoras, que existem muitas espécies de amor. Tenho para mim, porém, que a pa-

lavra amor, em sua exata acepção, designa tão somente o sentimento que leva alguém a dar tudo de si, sem nada pedir, nem esperar em troca.

Era êsse o amor de Spencer Vampré por sua Escola.

Quem ama se entrega, se dedica, se doa. Que é o amor senão devotamento, consagração e renúncia? Amar é oferecer-se em sacrifício. Quem ama, senhores estudantes, ama o sacrifício de amar.

Todos os que amaram sabem que o verdadeiro amor nada tem de racional. Eu diria, mesmo, que o verdadeiro amor é irracional. Amor é ato do espírito, não da razão. Quem não conhece o célebre aforismo de Pascal? É máxima que perdeu muito de seu poder de sugestão, por ser tão citada e repetida, mas que contém, entretanto, uma profunda verdade. Não é possível negar que “o coração tem razões que a razão desconhece”. O homem do povo afirma que “o amor é cego”. Por que será cego o amor? O amor é cego precisamente porque não se funda em razões da razão, e deriva de razões mais altas. Não pede justificação, não é logico, mas, sem lógica nem justificação, é o sentimento que mais engrandece o ser humano.

O amor analisado, o amor calculado é falso amor. Ninguém ama pelo frio raciocínio. Quando alguém ama racionalmente, não ama de verdade, porque estará oferecendo seu amor em troca de suas conveniências. Estará fazendo negócio. Quem ama de verdade não negocia seu amor. Amor negociado tem outro nome, que lhe é próprio. Chama-se interesse. Não é amar, amar por esta ou aquela razão. Qualquer idéia de compensação avilta o amor. Quando se ama, ama-se apenas. Só isto. Nada mais.

Amor é bondade. Ou, melhor, é manifestação da bondade. E a bondade é a mais alta qualidade do sêr humano. É sua virtude suprema. Mais importante do que o raciocínio, mais necessária do que a ciência. Nada existe no homem de mais precioso, de mais fecundo e construtivo, do que sua bondade e seu amor.

Pois bem, Spencer Vampré amava sua Escola com êsse amor verdadeiro.

E é isto que o levou à Diretoria da Faculdade.

Ao ser nomeado Diretor, atingiu o pináculo de sua carreira. Na sua opinião, como na minha, êle chegara ao mais alto pôsto que é dado a um bacharel alcançar, em terras do Brasil: o pôsto de Diretor da Academia do Largo de São Francisco.

Mais do que nunca, a Faculdade passou a ser fulcro e fim de sua existência. Foi a razão de ser de seus dias. Seu enlêvo. Sua obsessão quotidiana. Sua idéia fixa.

Inspirado e intuitivo, conduzido apenas pelo coração, e nunca por ambições ou por cálculo político, tudo fêz para desenvolver o espírito de solidariedade entre professôres e alunos. Êle próprio era exemplo vivo da confraternização acadêmica.

Os estudantes tinham nêle o amigo certo. Simples e sincero, fiel e generoso, estêve sempre pronto para receber, de alma aberta, na sala da Diretoria ou em qualquer outro local da Faculdade, o aluno que dêle precisasse. Para todos os acadêmicos, em conjunto ou em particular, êle era apoio e incentivo, consôlo e lenimento. E como sua solicitude não tinha limites, e sua bondade era infinita, os estudantes o procuravam, não só para as questões da Escola, mas também para problemas de suas vidas íntimas. Spencer Vampré os acolhia com seu sorriso afetuoso. E quando começavam a lhe narrar os fatos que os preocupavam, tornava-se grave e sério, à procura do conselho, do bom conselho que lhe vinham solicitar.

Não contente com cuidar de estudantes, voltou suas vistas para os bacharéis saídos da Faculdade. Convocou-os e os congregou. Ressuscitou a Associação dos Antigos Alunos. Deu-lhe razão de existir e a fêz trabalhar.

Foi em seu tempo de Diretor que nossa Faculdade intensificou sua projeção internacional. Espírito nobre e ci-

vilizado, bem sabia êle que o intercâmbio de culturas é extraordinário fator de progresso. Abriu as portas de nossa Escola a grandes juristas estrangeiros. Em consequência, pudemos ouvir aqui a palavra de notáveis mestres vindos de fora.

Como êle conhecia meus hábitos de madrugador, sendo eu seu livre-docente, telefonava-me, às vêzes, ao raiar do dia. Que desejava êle? Queria, simplesmente, conversar sôbre a Faculdade.

Não me era difícil advinhar o que lhe ia na alma. A noite lhe estava parecendo longa demais. Êle ansiava por voltar a sua Escola. E como as horas não passavam, a madrugada não tinha fim. Sua impaciência era tortura que lhe custava suportar. E então, para aliviar-se, telefonava a alguém que lhe parecia também filho e peça desta Casa.

Que dizia êle naqueles colóquios matutinos? Peço-vos, senhores, que me permitais conservar em discreto segredo os assuntos de que tratávamos. Não creio fôsse de seu agrado que eu os revelasse em público. O que posso dizer é que suas idéias fervilhavam. Sua vocação de historiador o levava, muitas vêzes, a rememorar acontecimentos do passado. E fundando-se em veneráveis tradições acadêmicas, fazia planos miríficos para o futuro de nossa Escola.

Um dia, no silêncio da tarde, encontrou-se comigo, por acaso, num dos êrmos da Faculdade.

Tomando ar de mistério, sussurrou:

— Fretei um navio!

— Um navio?, perguntei.

— Sim, um grande navio. Para a Faculdade inteira.

Fiquei parado diante dêle, sem saber o que pensar, o que dizer.

Vendo minha perplexidade, êle riu.

Ah, que saudades tenho daquelas suas claras risadas de menino!

— Tôda a Faculdade?, arrisquei afinal. “Para onde vamos?”

— Um navio para tôda a Faculdade, confirmou êle. “Vou levar minha Academia pelos mares eu sei onde.”

E nessa tarde não me disse mais nada. Virou-se, encaminhando-se para a sala da Diretoria.

De fato, Spencer Vampré tinha fretado um navio.

A viagem, porém, a sua viagem de sonho, êle não a pôde realizar. Moléstia insidiosa e incurável abateu-se sôbre êle, com as negras asas da desgraça, e transtornou sua vida.

Teve que se afastar de sua Escola.

Quero deixar em silêncio o que foi o sofrimento do suave mestre, constrangido pelas circunstâncias a largar a Academia. Dêle tenho algumas cartas, datadas dessa época, e que são expressões pungentes de sua tragédia.

O mundo real, nosso mundo comum, não mais lhe interessou. Para êle, o real passou a ser o sonho — o sonho dentro do qual começou a viver, e dentro do qual nós, professores, o vimos caminhar, nas poucas vêzes que visitou a Faculdade. Sonho permanente e dominador, do qual nunca mais saiu.

Hoje, quando relembro êstes fatos, sou levado a longas cismas.

Pergunto-me sempre se haverá quem não tenha fretado, em algum momento da vida, o navio da Quimera e da Utopia.

Pergunto-me se haverá quem não tenha sonhado com um grande barco de amplas velas postas ao vento. Quem, mas quem, um dia, não quis partir em viagem, à procura de um Pôrto de Luz, fôsse êle Ofir, Catai, Golconda ou Cipango?

E o sonho dessa viagem não será, por acaso, o Tesouro da vida? Não será êle, em cada um de nós, o Grande Mistério? Não será o que nos purifica, propulsiona, enleva e

redime? Quando tudo não tem mais sentido, e a vida é menos do que nada, não será a remota vibração dessa Utopia, que nos faz insistir e continuar? E quando tudo parece terminado, não haverá, nas profundezas da subconsciência, as névoas de uma idéia de viagem, e, no recesso mais oculto do coração, o calor insuspeitado de uma indefinível esperança?

Que seria a vida se não fôsse o Sonho?

E é de se notar que o sonho de Spencer Vampré não se igualava aos sonhos do homem comum. Seu navio e sua viagem não eram aspirações egoísticas. Não eram para êle. Até mesmo em seu mundo encantado, êle foi grande e generoso. O seu navio e a sua viagem, êle os quis para a sua Academia.

É verdade que Spencer Vampré foi jardineiro. Êle mesmo o disse. Êle mesmo nos revelou que colheu em seu próprio jardim as flôres que nos ofertou.

Mas que Poesia, que imensa Poesia não deve ter sempre cantado na alma dêsse homem, para que êle se tornasse, assim, o jardineiro que conhecemos!

Quem foi Spencer Vampré?

Foi encarnação do espirito da nossa Academia.

Foi historiador das Arcadas.

Foi Chave de nossos Mistérios.

Foi ídolo da mocidade.

E foi o cultivador de rosas de nosso pátio de pedra.

# Professor Waldemar Ferreira\*.

*Sylvio Marcondes Machado*

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

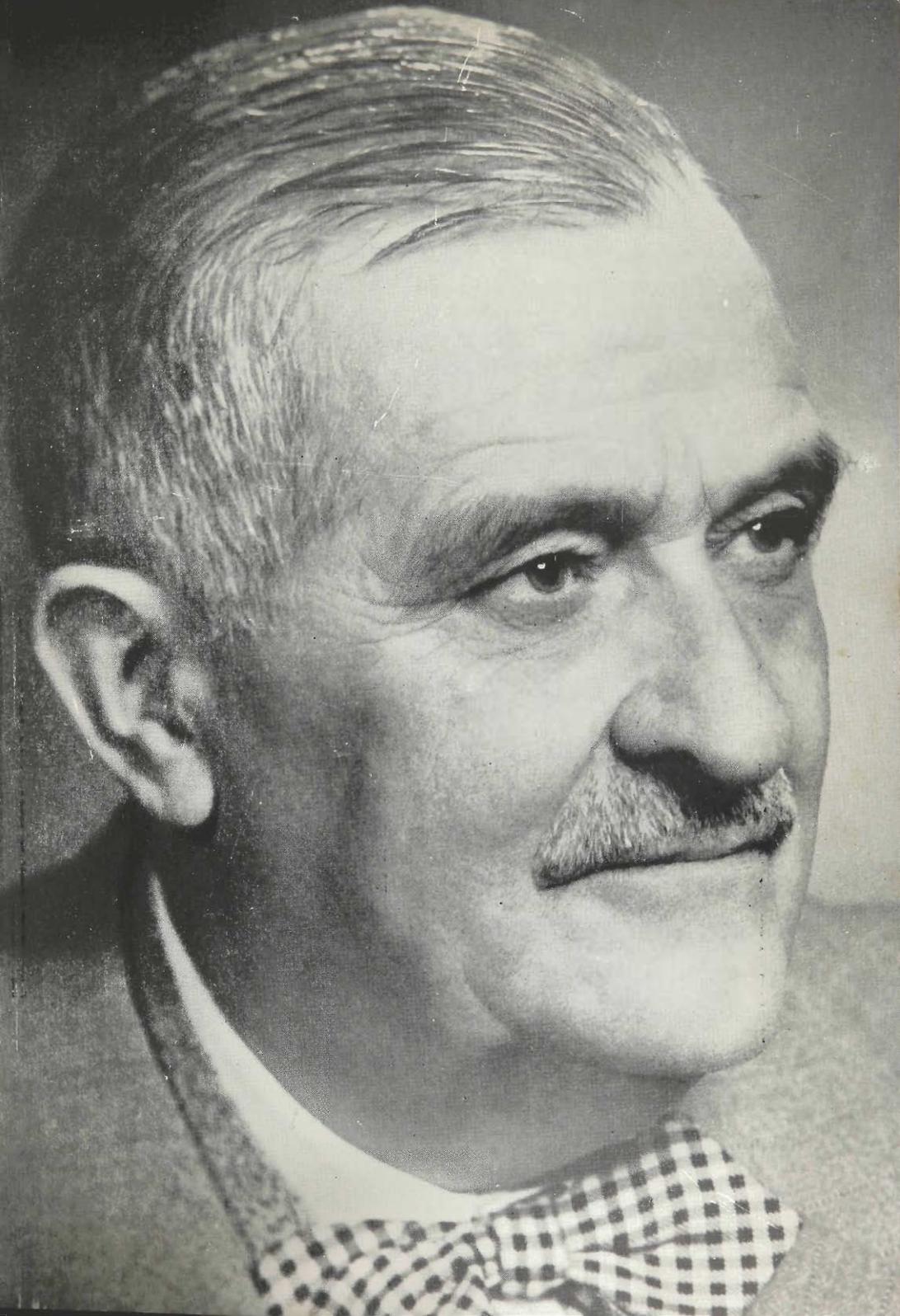
Colhendo a vida de Waldemar Ferreira, é como se a morte houvesse morto mais de um homem. Pois os atributos de inteligência, afetividade e caráter, acumulados em sua personalidade, e os dotes, por onde se reproduzem, são tais e tão grandes; a obra e ação por êle levadas a efeito, são de tanta extensão e variedade — que sua figura se multiplica e avulta em muitas faces. Como um diamante lapidado. Eis porque, nesta homenagem da sua Faculdade não pode haver pretensão de abrangê-la, na inteireza de sua complexidade, tarefa excessiva para a ocasião e que só o biógrafo, na demora de desenvolvido estudo, poderá realizar.

Intérprete dos sentimentos da Egrégia Congregação, cumpro missão que daria honra a qualquer de seus membros. Justifica-se, porém, a minha presença, nesta tribuna, pelo só privilégio que tenho, de ser, na cátedra do mestre, o seu sucessor, embora não alcance substituí-lo. Na exigüidade dos recursos que trago, proponho-me apenas repetir os traços mais visíveis de seu perfil inesquecível.

Primogênito de João Crisóstomo Martins Ferreira, dos Martins Ferreira de Bragança, e D. Petronilha Olímpia de Oliveira, da descendência do sargento-mór Antônio Leme

---

\* Discurso proferido em sessão solene realizada a 10 de setembro de 1964, no salão nobre desta Faculdade, em homenagem póstuma ao Prof. Waldemar Ferreira.



da Silva, nasceu Waldemar Martins Ferreira aos 2 de dezembro de 1885, na casa grande da Fazenda do Bairro do Agudo, em Bragança, na Província de São Paulo.

Nos colégios da cidade natal fêz seus estudos primários e já dêstes sobressai um fato de rara seriedade, que dá o que pensar. Coincidência significativa com eventos futuros, ou, dêles, singular vaticínio, era livro para exercício de leitura do menino — a Constituição do Estado de São Paulo.

Com treze anos, foi para Jacareí, matriculando-se como aluno interno, do curso ginásial, no Colégio Nogueira da Gama. Manifestam-se, então e desde logo, no adolescente, as primícias de aptidão em dois campos de ação intelectual, onde o tempo viria a fazê-lo grande, entre os melhores — o jornalismo e a oratória. Entre 1902 e 1904, colabora intensamente em jornais literários da província; faz-se orador de tôdas as solenidades colegiais; empolgado por Teófilo Braga e Silvio Romero, produz uma conferência sôbre a literatura brasileira. Nesse meio de tempo, numa precoce demonstração de paciente espírito de pesquisa, apresenta a seus mestres a compilação de um Vocabulário da Língua Brasileira, compreensivo de mais de um milheiro de verbetes, de línguas aborígenes. Estudante exemplar e orador de sua turma, recebeu, em 20 de fevereiro de 1904, o grau de bacharel em ciências e letras.

O moço, que logo a seguir vem para São Paulo e se matricula na Faculdade de Direito, traz em mente a realização do que, então, constituía o seu mais ardente desejo, despertado pelos grandes artigos de José do Patrocínio — ser jornalista. E, sem faltar às aulas, nem aos deveres escolares — acumulados ao trabalho do cartório em que se empregara, para completar os recursos da mesada paterna — o estudante se empenhou na lida da imprensa, dentro e fora da Academia. Aqui, fundou e dirigiu “O Santelmo” e colaborou em todos os jornais e revistas acadêmicos; lá fora, para jornais da sua terra, escreveu em prosa e verso, sôbre assuntos diversos, dezenas de trabalhos. Entretanto, os estudos jurídicos entram a influir na formação de seu espí-

rito e começam a modelar a figura do tribuno, do que dá testemunho cronista dêsse tempo: “Outrora, quando o embriagavam as fumaças de calouro, fêz versos e redigiu um jornal; um dia, descreu de tudo, quebrou a lira e acabou com o jornal. Da poesia passou para a oratória e é hoje figura obrigada nas festas acadêmicas, onde recita os seus bonitos discursos” o que o levou a orador do Centro Acadêmico XI de Agôsto. Na Faculdade do Largo de São Francisco, segundo seu próprio depoimento, “viveu a vida acadêmica em tôda a sua intensidade”, e em 2 de dezembro de 1908, colou seu ambicionado grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais.

Por suas qualidades pessoais e pelo preparo que diligentemente adquirira no curso acadêmico, estava o bacharel apto a iniciar eficiente atividade profissional. Não quer, porém, ficar desde logo na cidade grande, em que durante cinco anos vivera a cultivar relações e a fazer amigos. Prefere voltar, por algum tempo, a seu pequeno burgo, para o convívio familiar, que durante dez anos sòmente usufruira em férias fugidias, e para prestar a seus conterrâneos os serviços de sua assistência e conselho. Ali, Waldemar Ferreira constitui seu próprio lar, pelo casamento com D. Wanda de Paula Ribeiro; sua prima, pois ambos provinham, em terceira geração, do mesmo tronco ancestral. Até que, em 1911, crescendo a família, se transfere de volta a São Paulo e aqui instala o seu escritório de advocacia.

Seara fecunda de triunfos, colhidos por mais de meio século, a vida do advogado Waldemar Ferreira é o desenvolvimento conjugado e modelar de atributos próprios dos grandes patronos.

Acuidade e isenção para discernir, nos enredos do caso, os elementos estruturais das pretensões em conflito. Conhecimento integral dos quadros jurídicos, a fim de aquilatar a legitimidade dos interêsses a patrocinar e de modo a permitir, em fôro íntimo, o seu seguro prejulgamento; e, nesse ponto, sutil percepção de aspectos humanos, muitas vêzes escondidos nas entrelinhas da lei. Limpidez de raciocínio,

clareza de exposição. Larga visão nos planos estratégicos, perspicácia tática no decorrer dos embates. Pugnacidade na ação, sem sacrifício da afabilidade no trato. Inabalável senso ético. Dedicção permanente. Paciência beneditina. Eis qualidades pessoais, cuja acumulação faz os melhores advogados e lhes grangeia o renome que Waldemar Ferreira conquistou, em pleitos inumeráveis, patrocinados desde o começo de seu tirocinio, até as culminâncias da profissão; das primeiras instâncias, aos mais altos tribunais da República.

Mas não é só no pretório que sua estrêla fulgura. Cultivador da ciência do seu ofício, cujos princípios busca, por amor dêles mesmos, em estudos infatigáveis, liberta-se dos grillhões dos casos concretos e, atraído pelas abstrações do conhecimento científico, dedica-se às questões de direito em tese. Criam-se, assim, o professor e o escritor, mas, numa sùmula de ambos, também se configura o consultor jurídico, advogado de soluções ideais para problemas equacionados em hipótese. Nesse campo de atividade profissional, resolvendo os mais intrincados e variados temas, eliminando dúvidas, orientando consulentes e colegas, produziu obra gigantesca, concretizada por mais de quinhentos alentados pareceres escritos, num trabalho realizado até as vésperas da moléstia fatal que o acometeu.

Compreendendo, como compreendia, os altos deveres de sua profissão, o advogado não se restringia, porém, a cumprí-los com a integridade que era feitiço de seu caráter. Queria mais. Almejava o engrandecimento da classe, o aperfeiçoamento de seus membros, o fortalecimento dos seus laços de solidariedade. Por isso, esteve colocado entre os fundadores do Instituto dos Advogados de São Paulo; combateu na primeira linha, pela criação da Ordem dos Advogados do Brasil; foi pioneiro da instituição da Casa do Advogado.

Em Waldemar Ferreira, desde os primeiros tempos de profissão, o advogado andara de mãos dadas com o escritor

e de ambos a vida fizera um especialista, cuja vocação encontraria no magistério o seu caminho natural.

Consultor de comerciantes, de entidade de classe do comércio e de revista por esta editada, logo se aprofundou nos estudos de direito mercantil, produzindo pareceres e artigos de doutrina, reunidos em dois volumes, *Estudos de Direito Comercial* e *Manual do Comerciante*, sem demora seguidos de livro sobre *Sociedades por Quotas*; primeiras obras de demorada produção científica.

Revelava-se nelas aquela vocação, a que o escritor respondeu em dois concursos, na Faculdade de Direito. O primeiro, em 1919, concorrendo com Otávio Mendes ao cargo de professor substituto de Direito Comercial, e por força do qual recebeu o grau de doutor e foi nomeado livre docente. O segundo, em 1927 — já na regência interina da disciplina, onde produzira, em dois volumes, o seu *Curso de Direito Comercial* — e quando, candidato único, aprovado com distinção, conquistou a cátedra que fôra de Frederico Vergueiro Steidel.

Cátedra a que dedicou o melhor de sua vida, cobrindo-a de glória, e em cujo exercício cumpriu, um a um, dia por dia, todos aquêles cuidados que, trinta anos depois, sob a inspiração do modelo por êle deixado, seu sucessor pôde resumir como programa da ação do professor. Averiguar sem paixão a verdade, para poder amá-la apaixonadamente. Informar para orientar, propondo sem imposição. Trazer para a luz a lição objetiva da sabedoria, esquecendo na sombra a energia dispensada na sua procura. Não se apegar ao ortodoxo, apenas porque ortodoxo e, ao contrário, favorecer o livre exame das idéias renovadoras. Não expôr a ciência como algo esotérico e obscuro e, sim, fazer da palavra o retrato fiel dos conceitos, sem sacrificar, pelo rebuscado do verbo, a clareza do pensamento. Animar os pessimistas, trabalhar em otimismo, infundir confiança. E êsse era, tal e qual, o Professor Waldemar Ferreira.

Mas, ao mestre, não dão tréguas o escritor e o jurisperito. Assumindo a cátedra no ano centenário de sua Escola,

presta-lhe a homenagem de uma obra de meticulosa pesquisa histórica: *A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo na Centúria de 1827 a 1927*. A seguir, edita *Questões de Direito Comercial*, livro que, na opinião de J. X. Carvalho de Mendonça, “é um manancial de lições fecundas e revela a alta capacidade jurídica do mestre”. Elabora, para a Associação Comercial de São Paulo, anteprojeto de lei de falências, que vem a servir de base para a reforma de 1929. Articula o projeto regulador do conhecimento de transporte como título de crédito, medida de salvação pública em face da crise no mercado do café, e que, convertido na lei de 1930, é uma antecipação do direito brasileiro às recomendações do Congresso de Washington, de 1931. E, neste ano, publica *O Comércio Marítimo e o Navio*.

Na mestria de Waldemar Ferreira, em belas letras, como orador e escritor, e no direito, como consultor, advogado, professor, se integra uma outra, que é qualidade intrínseca da personalidade inconfundível do mestre — a do mestre de civismo. Civismo que nele se confunde com a alma do jurista, pois na política, na administração, no partido, o homem de Estado nunca deixou de ser o homem do Direito.

Soldado do ideal de Representação e Justiça, alista-se nas fôrças que pugnam em prol de sua condição preliminar e fundamental — a pureza do voto, pelo voto secreto. Sua primeira trincheira é a Liga Nacionalista, que em 1917 ajuda a abrir, sob o comando de outro jurista, o Professor Vergueiro Steidel, e onde sua pregação o credencia entre os melhores combatentes. Daí, sua posição de relêvo na campanha de que é fruto o Partido Democrático, cuja certidão de nascimento — a ata de fundação em 1926 — é da lavra de seu punho, e do qual foi um dos dirigentes, desde o primeiro momento. Nesta qualidade, seu civismo se expande fora do Estado natal e o leva aos rincões extremos da pátria. No sul, participa da Conferência de Bagé, em 1928, onde colabora na fundação do Partido Libertador, aliado nos

mesmos objetivos, que difunde e sustenta num ciclo de conferências, em Pôrto Alegre, em Rio Grande, em Pelotas. No norte, sua voz se faz ouvir em Salvador, Paraíba, Macaíó e Recife, no apostolado que se destina, segundo sua própria expressão, “a pregar a revolução branca, a revolução de consciências, a revolução das idéias e dos princípios”.

Os sucessos políticos sobrevindos não permitiram continuasse branca a revolução por êle pregada, e a transformaram no movimento armado de 1930, que, embora cruento, portava a mesma bandeira. Bandeira que as consciências, as idéias e os princípios, então despertos, não tolerariam fôsse enrolada. E que, para manter desfraldada, São Paulo se levantou em 1932.

A revolução era constitucionalista e, por isso, na sua linha de frente havia de estar o mestre de direito, cuja atuação, como Secretário da Justiça, do govêrno revolucionário de coalizão, não cabe nos limites dêste discurso, mas pode ser vislumbrada em dois relances, colhidos de suas próprias palavras. O primeiro, ao assumir o pôsto: “Fui soldado de um partido, mas quando o Partido Democrático me deu a São Paulo, fiquei superior a todos os partidos, para pertencer só a São Paulo”. O segundo, ao relembrar o passado: “Presidente do MMDC; devendo dirigir as operações da retaguarda e a parte civil e política do movimento revolucionário — eu me vi, por fôrça das circunstâncias, transformado de secretário da Justiça, em secretário da Guerra”

A contrapartida do ingente esforço, de que a ação de Waldemar Ferreira constitui exemplo, foi, para a nação, a vitória do ideal constitucionalista, tornado irreprimível. Contudo, para êle e demais chefes do movimento, foi a prisão e, depois, o destêrro.

O exílio pode silenciar o político, mas não tem fôrça de emudecer o professor. Deportado para Portugal, Waldemar Ferreira encontra, no exercício de seu magistêrio, o lenitivo dos sofrimentos de exilado.

A despeito de estar do outro lado do Atlântico, não perde contato com seus alunos, pois é feito paraninfo pela turma de 1932. Nem perde contato com a cátedra. A Universidade de Lisboa honra-se de recebê-lo entre seus mestres e, na Faculdade de Direito, êle ministra um curso sôbre as diretrizes do direito mercantil brasileiro, em conferências subordinadas a cinco temas: a formação; o regime das sociedades mercantis; o surto industrial e mercantil e o seu aparelhamento legislativo; o instituto falimentar; as novas tendências.

O trabalho lhe valeu o título de doutor *honoris causa* da Universidade, até então sômente concedido a três professores da Faculdade de Direito de Paris — Léon Duguit, Louis Josserand e Edouard Lambert — e sua outorga foi assim justificada: “O Conselho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, atendendo aos talentos e rasgada cultura geral, e prodigiosa cultura jurídica, do Dr. Waldemar Martins Ferreira, manifestada em tantos livros apreciadíssimos e inúmeros, e valiosos artigos de revistas jurídicas, e sábias lições de professor e habilíssimas minutas de advogado, e, sobretudo, nas cinco memoráveis conferências sôbre “*As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*”, deliberou conferir a mestre tão eminente o grau de doutor *honoris causa*”

Mas o destêrro finda e o mestre volta. Com redobrada energia.

Logo ao pisar o solo pátrio, em novembro de 1933, no Recife, onde recebe estrondosa manifestação de estudantes e professores, retoma a pregação cívica do jurista e profere, na Faculdade de Direito, vigorosa conferência sôbre “*O Problema da Autoridade na Reforma Constitucional*”.

Em São Paulo, assume a presidência do seu partido; organiza e instala o seu IX Congresso; atua na articulação do Partido Democrático, da Ação Nacional e da Federação dos Voluntários, cujas fôrças se unem na fundação do Partido Constitucionalista; e por êste se elege deputado federal, em outubro de 1934. Na velha Faculdade, onde reassumira

sua cátedra, passa a acumulá-la com a de História do Direito Nacional, no Curso de Doutorado. E, agora, o jurista e o político soldam nova figura — a do legislador.

A ação parlamentar de Waldemar Ferreira é outro capítulo enorme da sua obra de homem público. Líder de bancada, foi tecelão hábil, paciente e discreto, da política de seu partido. Orador consumado, foi tribuno das grandes batalhas do plenário. Presidente, por todo o triênio, da Comissão de Justiça, foi guardião vigilante da constitucionalidade dos projetos de lei.

Impossível contar aqui os frutos dessa operosidade infatigável e proficiente. Mas cabe, ao menos, a menção dos acurados labores que, como comercialista, êle mesmo selecionou e reuniu em volume, de pareceres e substitutivos, sôbre o Código das Sociedades Comerciais; a compra e venda de coisas móveis a prestações; registro do comércio e síndicos judiciais; publicidade de títulos protestados; as sociedades de economia coletiva.

E, nos anais da Câmara, está a copiosa documentação, comprobatória da veracidade e acêrto, desta sua final prestação de contas: “Dei, com inteira lealdade, tudo quanto em mim esteve, pelo fiel cumprimento do mandado que o povo paulista me outorgou. Fiz, como jurista e político, quanto pude pela grandeza do regime, que nossos maiores nos legaram, apanágio de gente livre e forte”.

O que tudo não impediu, à sua increditável capacidade de trabalho, trazer à luz, nesse entretempo, dois novos livros: o primeiro volume do *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro* e *O Casamento Religioso de Efeitos Cíveis*.

Dissolvido o Congresso Nacional, pelo golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, e decretada a extinção dos partidos políticos, o professor retorna à cátedra e o escritor prossegue na faina incansável. Toma o projeto, que na Câmara apresentara em 1936, sôbre o registro dos compromissos de venda de imóveis, integralmente aproveitado no decreto-lei 58, de dezembro de 1937, e sôbre êste publica, em dois volumes, *O Loteamento e a Venda de Terrenos em*

*Prestações*. Edita, também em dois volumes, *Princípios de Legislação Social e Direito do Trabalho*. Lança o segundo volume do *Tratado*.

Mas é curta a sua permanência na cátedra, pois o jurista continua a sustentar o velho ideal de Representação e Justiça e não esmorece na pregação. Por isso, suporta perseguições, sofre prisão, e afinal, em janeiro de 1939, é arrancado da cátedra, por ato de arbítrio governamental, de aposentadoria forçada. Era a repetição do exílio. O primeiro o arredara do País; o segundo o afasta da Faculdade. E sua bravura cívica demonstrava assim, pela segunda vez, que nem sempre o preço da liberdade é apenas a eterna vigilância.

Recebe a imediata solidariedade da sua Congregação e no 11 de agosto é homenageado pelos estudantes; mas, somente em maio de 1941, a justiça se restaura e o decreto de seu afastamento é tornado sem efeito, para fazê-lo reverter à Academia, de onde, agora, nada mais o afastará, até a morte.

A fecunda produção científica do jurista vinha se acentuando na realização de exaustivos trabalhos monográficos — a que logo acrescentou o *Compêndio de Sociedades Mercantis* e o *Tratado das Debênturas* — acompanhados de incessante colaboração, em mais de duas dezenas de revistas jurídicas, nacionais e estrangeiras, inclusive na que fundou e dirigiu, a *Revista de Direito Mercantil*. Nesta altura, o desenvolvimento e diversificação dos assuntos tratados e as necessidades impostas pela eficiência do seu magistério, estavam a exigir sistematização. Dêle reclamavam obra de feitura orgânica, por metódica coordenação dos institutos fundamentais de sua disciplina. E Waldemar Ferreira, imprimindo ordem numa legislação nova e tumultuária; informado pela melhor doutrina; com a segurança de acrisolada experiência — dedica-se à elaboração das *Instituições de Direito Comercial*. Obra, a cuja efetivação, no agudo e merecido comentário de Eduardo Couture, não

pode chegar um professor senão depois de árduas instâncias de preparação e estudos; e que, iniciada em 1944, na primeira edição se estende por quatro volumes, mas se multiplica em edições sucessivas, se desdobra em novos tomos e não cessa de crescer.

Na inviabilidade de apreciar, neste momento, mesmo brevemente, a multiplicidade de aspectos aí revelada pelo autor, seja permitido tomar apenas um dêles, a relembrar prova de sua alta capacidade de inovação e progresso. Espírito científico, na exata acepção do termo, destemeroso de preconceitos, é um renovador de métodos, que não se restringe às antigas fórmulas. Guiado pela evolução dos institutos jurídicos, sabe infundir novos sabores a vinhos de velha cêpa. Em dois volumes das *Instituições* se exemplifica êsse feito. Os títulos de crédito, documentos formais que o Direito criou para acelerar o tráfico — desde a medieval *lettera di pagamento di cambio*, até a moderna *duplicata*, original criação brasileira — são papéis emitidos pela fôrça de contratos, cuja composição jurídica de muitos séculos os antecedeu. Essa diferença de ancianidade estabelecia, como regra generalizada entre os autores, a dicotomia do estudo dos contratos e dos títulos. Pois bem. No volume sôbre *As Operações Mercantis e os Títulos de Crédito* o mestre paulista refundiu o sistema clássico, para conjugar o exame das duas matérias. Não lhe importou o contraste, do subjetivismo das relações contratuais, com a literalidade e autonomia dos títulos; ambos têm sua matriz no mesmo interêsse econômico, e os princípios fundamentais, que guiam a dinâmica dêstes, estão informados pela substância daquelas. Não há conhecimento sem transporte, duplicata sem venda, “warrant” sem depósito. Noutro volume, *Indústria da Navegação Marítima e Aérea*, o mesmo espírito renovador. Os ambientes do mar e do ar assemelham, no transporte, seus riscos, seus problemas e suas soluções. Dest’arte, o Direito Marítimo, ramo imemorial do Direito Mercantil, e o Direito Aeronáutico, seu rebento mais jovem, são tratados como irmãos geminados pelas mesmas

normas primordiais, que instruirão os preceitos sôbre os homens, as máquinas e os negócios dessa indústria.

Catedrático de Direito Comercial, cuja disciplina de-sensolvia e aprimorava nas *Instituições*, Waldemar Ferreira era, ao mesmo tempo, no Curso de Doutorado da Faculdade, professor de História do Direito Nacional. E como, de braço com o mestre, vinha sempre o escritor, êste não se satisfaz com as tarefas de contínuo aperfeiçoamento daquela obra e se devota a cultivar nôvo campo de produção — o do historiador. Publica, então, a *História do Direito Brasileiro*, em quatro tomos, e a *História do Direito Constitucional Brasileiro*. A seguir, *O Direito Público Colonial do Estado do Brasil sob o Signo Pombalino*. E, ainda, como primeiro volume do Tratado de História do Direito Brasileiro, *As Capitânicas Coloniais de Juro e Herdade*.

Todo êsse labor do mestre de direito não atormentara o espírito, nem arrefecera o entusiasmo, do mestre de civismo. Sempre atento à vida política nacional — restaurado, em 1945, o regime democrático, está à frente das atividades de reorganização partidária e é fundador da União Democrática Nacional, de cuja direção continuamente participou, até sua renúncia, em 1956, à presidência da seção de São Paulo. Renúncia onde manifestava o desejo de permanecer apenas como diretor e com a qual, após prolongada resistência, seus companheiros sômente vieram a se conformar, pelo motivo expôsto nesta resposta do Partido: “Para tê-lo conosco no Diretório, vêmo-nos obrigados a não tê-lo na presidência, admitindo o menor prejuízo, para não sofrer prejuízo total”.

Nem se imagine que o professor se satisfazia com o magistério na Faculdade. O seu renome de há muito ultrapassara nossas fronteiras e outros centros de cultura desejavam ouvi-lo. Êle, prazerosamente, não se recusa. Em 1946, aceita convite da Universidade de Havana e ali pronuncia conferência sôbre “O episódio do Direito Brasileiro no panorama do Direito íberoamericano”; de torna viagem, visita as Universidades de Washington, New York e Har-

vard. Em 1948, atende solicitação da Ordem dos Advogados, de Lisboa, onde expõe “O Conteúdo Econômico da Constituição Brasileira de 1946”. Designado pelo Conselho Universitário da Universidade de São Paulo, participa, em 1951, das reuniões do 4.º Centenário da Universidade do México e da União das Universidades Latino Americanas, e da posse do chanceler da Universidade de Chicago. Em 1956, volta a Havana, a pedido da Academia Interamericana de Direito Comparado e Internacional, e ministra um curso sôbre *A Sociedade de Economia Mista no seu Aspecto Contemporâneo*. E, numa última visita a Portugal, em 1963, participa do V Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em Coimbra, no qual relata, por designação da comissão diretora, o tema *Política de Proteção e Elevação das Raças Exóticas nos Séculos XVI a XVIII*; e ainda disserta sôbre *O Estatuto dos Advogados Brasileiros, A Lei Antitrustica Brasileira e o Estatuto da Mulher Casada Brasileira*.

Em tôdas essas andanças, não se preocupava, entretanto, apenas com os difíceis assuntos das conferências jurídicas. Era também cronista, fluente e sagaz, de gentes e costumes, que fixou no gracioso livro — *Por Ceca e Meca e Olivais de Santarém*.

As *Instituições de Direito Comercial* haviam sido apreciadas, na Itália, pela *Rivista del Diritto Commerciale*, em trabalho de Mario Rottondi. Observando a evolução dos estudos jurídicos no Brasil e a visão dos juristas do porte de Teixeira de Freitas e Rui Barbosa, afirmava o mestre italiano que Waldemar Ferreira, continuador dessa ilustre tradição de juristas, vinha de produzir obra que, não obstante a modéstia do título, constituía, pela amplitude do desenvolvimento e profundidade no trato da matéria, um verdadeiro tratado.

Não era do mesmo parecer o mestre brasileiro, ainda insatisfeito e com fôrças para cumprir plano maior.

A idéia era projeto antigo, cuja execução — iniciada em 1934, com o primeiro volume do *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, continuada no segundo, em 1938, e no terceiro, em 1948 — fôra suspensa, por se ter empenhado na elaboração das *Instituições*.

Entretanto, o direito mercantil brasileiro recebera, nos últimos anos, ricos subsídios de uma renovada legislação especial. Acolhera, do direito comparado, a inspiração e influência de modernas concepções da doutrina. As próprias *Instituições*, sistematizando os institutos, eram fonte de novos estímulos de desenvolvimento e progresso. Por outro lado, a obra clássica de J. X. Carvalho de Mendonça, que iluminara todo o campo do direito comercial brasileiro, estabilizada na estrutura legada pelo grande comercialista, já não tinha luz para elucidar e resolver, com a mesma claridade, os novos problemas. Chegara, então, para Waldemar Ferreira, o momento da obra definitiva — o *Tratado de Direito Comercial*.

Páginas incontáveis seriam necessárias para resumir-lhe a grandeza com que esgota, em tôda sua atualidade, o direito mercantil. Fruto de erudição, de inteligência e de cultura, é resultado esférico de análise e de síntese. Desenvolvida e completada nos seus quinze volumes, constitui marco imperecível na história da literatura científica do direito brasileiro. Não se faça, porém, agora, nesta Casa, de que o autor foi um dos melhores filhos, o elogio do seu trabalho. Ouça-se, de Paris, a palavra da *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, de Jean Escarra e Roger Houin: “Monumental tratado de direito comercial, em que o sábio e fecundo jurista brasileiro expõe sua doutrina”, e onde — “sôbre cada uma das questões, se encontra, nessa obra magistral, exposição legislativa e doutrinária do maior valor, que não surpreende os que conhecem a sabedoria do seu autor”.

A obra científica de Waldemar Ferreira, de que o *Tratado de Direito Comercial* significa o coroamento final,

constitui estrutura doutrinária elaborada em mais de cinquenta anos de acendrado e ininterrupto labor, empregado não apenas em alargar-lhe a área, ou aprofundar-lhe os fundamentos. Mais do que isso, é esquema articulado de idéias e princípios, coordenados continuamente na sequência dos fatos sociais, de modo que as concepções, integrantes do sistema, se apresentam sempre atualizadas. Feição relevante de seu espírito progressista, vale ilustrá-la com um exemplo — tomado entre os muitos que oferece — sôbre o conceito de empresa.

Iniciando a publicação do *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, em 1934, cogitou êle da empresa no quadro dos atos de comércio. Examinou-lhe a noção sob o foco da legislação e da doutrina no Brasil, na Itália, em Portugal, na Bélgica. E concluiu por fixar-lhe os elementos constitutivos, tudo no interesse direto de assentar as bases conceituais apropriadas ao estudo, no campo dos atos de comércio por natureza, “das operações das empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte e de espetáculos públicos”, consideradas mercancia pelo Regulamento 737, de 1850.

A matéria era tratada, portanto, na órbita dos princípios coordenados pelo Código Comercial, sob influência do padrão francês. Todavia, na segunda edição desse mesmo volume, em 1948, o assunto recebeu outro impulso, a começar pela observação, nova no texto, de que, “por inadvertência, ou não, no rol dos atos de comércio se incluíram certas empresas, e, até, estabelecimentos, quando nele não deviam figurar, senão e exclusivamente, atos” Já agora ganha importância a configuração do estabelecimento e seu confronto com a empresa, “ponto êste de alta relevância e assás debatido, por isso mesmo merecedor de estudo mais atento”. O texto alarga-se, para recolher a definição de *azienda* do nôvo Código italiano e o conceito francês de *fonds de commerce*. De modo a determinar, com acrescidos subsídios doutrinários, que do moderno conceito de estabelecimento “desagregou-se o que se veio a atribuir à empresa,

que se superpôs ao do estabelecimento e o envolveu a tal ponto que a mesma empresa pode constituir-se de vários estabelecimentos, ou, melhor, formar-se dêles, onde nem aquela, como no Brasil, seja dotada de personalidade jurídica. Não a possui, em verdade. Não a possui, porque é coisa. Coisa universal, mas coisa. E coisa não pode ser *sujeito*, mas tão-sòmente *objeto* de direito. Sendo *objeto*, não tem, não pode ter personalidade jurídica”.

Em seguimento aos elementos constitutivos da empresa, que na edição anterior encerravam o capítulo, o novo texto acrescenta que tais elementos, em certos casos, coexistem no estabelecimento. Por isso, “a diferença entre a empresa e o estabelecimento, quando se não confundem, é de grau; são círculos concêntricos, cujas circunferências muitas vêzes se confundem, pela coincidência de seus âmbitos de atividades”. Em relação ao empresário, pessoa natural ou jurídica, que, aglutinando na empresa os três fatores produtivos, a concebe, instala e põe em funcionamento, “confundem-se, no comum, o empresário e a empresa: e, quando o estabelecimento é um só, confundem-se o empresário, a empresa e o estabelecimento. A sinédoque é inseparável do raciocínio e de sua expressão”. E, prosseguindo na renovação da matéria, coloca o problema da disputa de um lugar “saliente e inconfundível, para um direito novo — *o direito da empresa*”, e repara na impropriedade terminológica usada pela Consolidação das Leis do Trabalho, para concluir pela promessa de outros desenvolvimentos do tema.

A introdução desses aspectos novos da empresa em 1948, revela, no entanto, uma seqüência lógica dos critérios adotados, em 1944, nas *Instituições*.

Já nessa obra, a empresa — tratada concisamente, no primeiro volume, entre os atos de comércio — mereceu, no segundo volume, um capítulo especial, para sua conceituação, em cotejo com as do estabelecimento e do empresário, ensejando a comparação das três situações. E as concepções então delineadas se desenvolvem, nas sucessivas edi-

ções das *Instituições*, e consubstanciam, no sexto volume do *Tratado de Direito Comercial*, o ensinamento do mestre, assim precisamente sintetizado na sua forma final: “Revela o exame das três situações em aprêço, como já se demonstrou até gráficamente, similitude com a que se encontra em círculos concêntricos. Tem-se, partindo do centro para a periferia, o estabelecimento, circunscrito pela empresa, e esta pela pessoa natural ou jurídica, mercê de cuja vontade aquêles se instituem e movimentam-se. São três momentos ou expressões do mesmo fenômeno comercial, econômico-social e jurídico. Ostentam-se no centro os bens, corpóreos e incorpóreos, que constituem o estabelecimento, como universalidade de fato. A empresa superpõe-se-lhe como organização do trabalho e disciplina da atividade, no objetivo de produzir a riqueza, a fim de pô-la na circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa natural ou jurídica, que as haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor dos lucros, pelo comerciante, como empresário, procurados e obtidos. Não pouco o estabelecimento se confunde com a empresa, notadamente quando mais que um inexistente. Basta, porém, se desdobre êle em sucursais, filiais ou agências, para que a noção de empresa se desprenda do estabelecimento e o envolva, emprestando-lhe halo ou coifa, superposta e bem visível, a despeito de externar-se abstrata e imaginariamente, por não ser mais que criação jurídica, social e, nos dias atuais, de muito alto significado político. Enquanto o estabelecimento se pluraliza, desdobrando-se, a empresa contrai-se, unificando-se e envolvendo-o. De certo modo, individualiza-se, tomando o lugar do proprietário dos estabelecimentos, agindo e operando como se fôsse êle, quando não é mais do que sua sombra ou reflexo”.

O reconhecimento dos méritos e virtudes do grande mestre, não ficou restrito à lembrança dos seus discípulos, à reminiscência dos seus concidadãos, ao sucesso da sua

obra escrita, ou à admiração dos seus colegas. Por êstes, foi consagrado no ato em que, logo após sua aposentadoria, ao atingir o limite legal de idade, lhe conferiram o mais elevado título da Faculdade — por virtude do qual permaneceu em sua Congregação — o de Professor Emérito. E foi proclamado, em galardões da mais alta expressão, com que os contemporâneos, desta e de outras terras, procuraram manifestar-lhe seu respeito e sua admiração. Pelo que significam, não será preciso exaltar cada um, para enaltecer a figura do homenageado. Entre outros, basta enumerá-los, na ordem de sua cronologia.

- Sócio correspondente estrangeiro, da Academia de Ciências de Lisboa;
- Comendador da Ordem Militar de Cristo, da República Portuguesa;
- Medalha Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros;
- Presidente perpétuo da Fundação Prêmio Carvalho de Mendonça;
- Advogado *honoris causa*, da Ordem dos Advogados Portugêses;
- Prêmio Moinho Santista, de 1958, de Ciências Especulativas, da Fundação Moinho Santista;
- Membro honorário do Centro Argentino de Altos Estudos Jurídicos;
- Sócio honorário do Instituto de Coimbra;
- Professor *honoris causa*, da Universidade do Rio Grande do Sul;
- Cidadão Paulistano Honorário;
- Medalha da Constituição, da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo;

- Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli;
- Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Na realização dessa vida, que parece a soma de muitas vidas, há uma causa primacial e profunda, sem a qual o prodígio não teria explicação. É a fôrça interior, permanente e invencível, que o Homem recebia de duas fontes inesgotáveis: a sua vocação e a sua família.

A unidade vocacional, ânimo que concentra as atividades do indivíduo e continuamente as conduz, numa só direção, sem desperdícios, ao objetivo certo e único, é privilégio providencial. E poucos são os eleitos. Em Waldemar Ferreira, revelada desde o primeiro instante, ela se conserva rija e inquebrantável, durante tôda a vida, como fator centripeto de sua ação multiforme, mas vitalmente unitária — a do mestre de Direito.

O amor à família, não é nele o sentimento comum a tôdas as pessoas; é atributo inerente à personalidade. A vida familiar é a matriz de suas energias. No lar, está sua biblioteca, onde trabalha de portas abertas, para ouvir, qual música de fundo, o rumor de suas crianças, que eram, quando morreu, setenta netos e bisnetos. Para êles, os avós criaram, numa das salas, afetuosa galeria, que um dia me mostraram. Não era uma coleção hermética — como o são as dos ascendentes — mas aberta para o futuro e na qual, aos retratos alinhados pela cronologia dos nascimentos, se seguiam molduras vazias, prontas a abrigar os que fôssem chegando...

E é êle próprio que, em momento culminante de sua vida e de sua obra, grava essas marcas indeléveis, da sua maneira de ser, na terna e modelar dedicatória com que, a sua mulher, oferece o seu trabalho maior:

“A Wanda — suave e dedicada companheira de minha vida, que sem ela não teria sentido; mãe de meus nove

filhos; avó de meus cinqüenta e um netos; bisavó de meus dois bisnetos; ao editar-se esta obra, quiçá a derradeira — que eu não poderia realizar sem o lar feliz que me deu, como regalo divino — esta homenagem no ano de nossas bodas de ouro”.

Senhores:

A Waldemar Ferreira, por tudo que foi e por tudo que fêz, aqui se pode dizer as palavras, por êle mesmo proferidas, à beira do túmulo de seu antecessor —

Bendita vida, a que viveste! Bendita e feliz! Tem a sugestividade de um exemplo, que não há de fenecer, porque nós o faremos renascer e reflorir dentro de nossa imensa e imperecível saudade!

# Antônio de Sampaio Doria.

*Ernesto Leme*

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

Rezam as crônicas que os primeiros Dorias conhecidos — Martino e Gherardo —, viveram na Itália em princípios do século XII. O primeiro erigiu em Gênova, em 1125, a Igreja de São Mateus, paróquia gentilica da família. Seu filho Ansaldo, côsul pela primeira vez em 1134, posteriormente embaixador na Sicília, foi comandante da frota, na luta contra os mouros de Espanha.

A história dessa família por vêzes se confunde com a própria história da República. Instituído o dogado popular, em 1339, perde ela o seu predomínio político; mas, conserva as suas nobres tradições e mantém, na vida militar, os postos de sua hierarquia.

É notável a sua ação na luta entre os guelfos e os gibelinos. Aliado à família Spínola, Conrado Doria obtém, em fins do século XIII, vitória completa contra os primeiros.

São dessa progénie ilustre Barnabé Doria, homem de Estado genovês, do princípio do século XIV; Pedro Doria, morto, em fins desse século, na guerra contra Veneza; André Doria, da Casa dos príncipes de Oneglia, e que foi almirante em Gênova, onde faleceu em 1560.

Conta Frei Vicente do Salvador, (*História do Brasil*, São Paulo, 1918, p. 154), que na armada de Antônio de Oliveira Carvalho, em 1551, vieram para o Brasil “muitas



donzelas da rainha d. Catarina e do mosteiro das órfãs, encarregadas ao governador para que as casasse, como o fêz, com homens a que deu officios da república e algumas dotou de sua própria fazenda”. Acrescentando Pedro Calmon, (*História do Brasil*, I, 236), que elas “vinham sobretudo do Recolhimento de Nossa Senhora da Encarnação, fundado em 1543, com capacidade para 21 órfãs, que deviam ser educadas para casar na Índia e no Brasil”.

Refere Frei Jaboatão, em seu *Catálogo Genealógico*, a vinda para a Bahia, em 1552, 1553 e 1557, de três novas remessas “de meninas de boa qualidade”, com o fito de casar. Em companhia do governador Duarte da Costa chegaram, entre outras, Inês da Silva, Violante de Eça e Clemência Doria, que se tornaram espôsas de Cristóvão Brandão, João de Araujo e Sousa e Sebastião Ferreira, (*apud* Pedro Calmon, *op. cit.*, *loco cit.*) Clemência Doria, a primeira dêsse nome, em nosso país, foi assim o tronco em nossa terra do clã illustre.

Do consórcio do major Cândido Soares de Mello Doria, originário do Sergipe e d. Cristina Leite Sampaio Doria, nasceu em Belo Monte, província de Alagoas, aos 25 de março de 1883, o professor Antônio de Sampaio Doria. No livro n. 1 de Batisados dessa Paróquia, a fls. 39 verso, consta o assento de seu batismo, feito pelo padre Antônio Soares de Mello, a 5 de agosto de 1888, sendo padrinhos do neófito Fortunato Francisco de Oliveira e d. Josefina Leite Sampaio.

Transferindo a família seu domicílio para São Paulo, em 1890, prosseguiu Antônio o estudo das primeiras letras, iniciado em sua terra natal, tendo como professor seu irmão mais velho, Pedro Doria.

Seus estudos secundários foram realizados no Colégio Silvio de Almeida, prestando exames de preparatórios perante Comissões Examinadoras presididas pelos drs. José Ulpiano, Camargo Aranha, Alcântara Machado, Veiga Filho,

Gabriel de Rezende, Amâncio de Carvalho e José Bonifácio de Oliveira Coutinho. Seus certificados de aprovação constam do Arquivo da Faculdade e por êles se verifica haver obtido distinção, no exame de Aritmética, plenamente em Português, Francês, Latim, Geografia e Corografia do Brasil, História Universal e do Brasil, Geometria, Física, Química e História Natural, simplesmente em Inglês.

Na turma que ingressou nesta Faculdade em março de 1904, contavam-se nada menos que quatro futuros catedráticos: Waldemar Martins Ferreira, sob n. 25; Spencer Vanipré, sob n. 132; Alvino Ferreira Lima, sob n. 150; e, sob n. 89, Sampaio Doria, que então apenas se assinava Antônio Doria. Requereu, porém, a 11 de abril de 1905, fôsse anotada a alteração de seu nome, conforme declaração inserta no *Diário Popular* de 22 de março dêsse ano: “O acadêmico Antônio Doria declara que, havendo outra pessoa de igual nome, passa a chamar-se Antônio Sampaio Doria”. Já no ano seguinte, a 10 de novembro de 1906, ao requerer inscrição aos exames do 3.º ano, acrescenta a preposição, entre seu prenome e os apelidos de família, passando a assinar-se Antônio de Sampaio Doria.

Seu curso nesta Casa foi brilhante. Obteve distinção grau 10, nas duas cadeiras do 1.º ano; plenamente grau 7, nas duas primeiras cadeiras do 2.º ano e grau 6 na terceira; plenamente grau 6, na primeira e terceira cadeiras do 3.º ano e grau 8 na segunda; plenamente grau 9, na primeira cadeira do 4.º ano e grau 8 na segunda, terceira e quarta; e, aos 7 de dezembro de 1908, era aprovado plenamente grau 9 nas quatro cadeiras do 5.º ano, colando grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais no dia 10.

Havendo mantido escritório de advocacia com seu irmão Júlio, o magistério era em verdade a sua vocação. Ainda em 1901, aos dezoito anos de idade, criava uma escola primária em Cerqueira Cesar. Continuou a exercer o ma-

gistério particular durante o curso acadêmico, sendo professor, durante alguns anos, do Ginásio Macedo Soares, exercendo ainda o cargo de vice-diretor do Externato.

Em 1914, após brilhante concurso, em que se classificou em 1.º lugar, foi nomeado professor catedrático de Psicologia, Pedagogia e Educação Cívica, da Escola Normal Secundária da Capital. Exerceu ainda, no govêrno Washington Luís, as funções de diretor geral da Instrução Pública, realizando uma reforma do ensino primário e promovendo em São Paulo, pela primeira vez, o recenseamento escolar.

Inscreeveu-se, em 1919, no concurso para professor substituto da 2.ª Secção, (Direito Público e Constitucional, Direito Internacional Público e Privado), desta Faculdade, tendo como competidores Braz de Souza Arruda, Luiz Antônio Cavalcanti de Albuquerque Barros Barreto, Alfredo Ulson e Manuel Francisco Pinto Pereira. Reuniu suas dissertações de concurso no volume *Problemas de Direito Público*. Argüido pelos professôres Spencer Vampré, Theophilo Benedicto de Souza Carvalho, Reynaldo Porchat e Manuel Pedro Villaboim, obteve, assim como Pinto Pereira, voto unânime para aprovação. Foi, todavia, indicado para a cadeira Braz de Souza Arruda, sendo Sampaio Doria, em virtude de sua habilitação em concurso, nomeado livre-docente dessas disciplinas, a 18 de novembro de 1925.

Aberto concurso para provimento do cargo de professor substituto da 5.ª Secção, (Economia Política, Ciência das Finanças e Direito Administrativo), nêle se inscreveram os bacharéis Antônio de Sampaio Doria, José Maria MacDowell, Américo Brasiliense Antunes de Moura, Mário Corrêa de Camargo Aranha e Luis Silveira. Para êsse concurso, que jamais se realizou, escreveu Sampaio Doria alentado volume sôbre *A Questão Social*.

Nomeado o professor Uladisláu Herculano de Freitas para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, por

decreto de 7 de dezembro de 1925, foi posto em disponibilidade em seu cargo de professor catedrático da primeira cadeira do 1.º ano desta Faculdade, (Direito Constitucional). Aberto concurso para a vaga, inscreveram-se quatro candidatos: Antônio de Sampaio Doria, Ernesto de Moraes Leme, Ary de Azevedo Franco e Hermes Lima. Entendeu a Congregação que o segundo e o terceiro candidatos não haviam satisfeito todos os requisitos exigidos pela legislação em vigor, à vista do que apenas se submeteram às provas do concurso Antônio de Sampaio Doria, livre-docente da Faculdade de Direito de São Paulo e Hermes Lima, livre-docente da Faculdade de Direito da Bahia, os quais foram classificados em primeiro e segundo lugar, sendo Sampaio Doria, aprovado com média 9,22, provido na cátedra, por decreto de 8 de fevereiro de 1927, tomando posse a 16, quando recebeu o grau de doutor. As duas dissertações apresentadas, sôbre as quais foi argüido pelos professores Braz de Souza Arruda, Octavio Mendes, José Joaquim Cardoso de Mello Neto e Theophilo Benedicto de Souza Carvalho, foram enfeixadas num volume sob o título de *Princípios Constitucionais*.

Já a êsse tempo, além dos trabalhos referidos, havia Sampaio Doria publicado os *Ensaio*s (1915), contendo a preleção de seu concurso de Psicologia, na Escola Normal, sob o tema *A Mocidade e o Caráter; O que o cidadão deve saber* (1919) manual de educação cívica, editado pela Liga Nacionalista; *Questões de Ensino; O Espírito das Democracias* (1924). Deu a lume, após isso, numerosos volumes e ensaios, versando as mais diversas questões de direito público e de linguística. As suas lições proferidas na Escola Normal foram compendiadas no livro — *Psicologia*.

Sendo um dos fundadores da Liga Nacionalista, participou ativamente da campanha a favor do voto secreto. Fêz parte do Conselho Superior do Liceu Franco-Brasileiro,

fundando em São Paulo o Liceu Rio Branco e a Faculdade Paulista de Direito, que hoje integra a Pontifícia Universidade Católica.

Após a vitória da Revolução de 1930, cujas causas e diretrizes constituíram objeto da preleção aqui realizada a 14 de novembro desse ano, no ato de encerramento do ano letivo, (*Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 26/295), participou da comissão encarregada da elaboração do projeto de Código Eleitoral. Principal autor desse diploma, estava naturalmente indicado para o Superior Tribunal Eleitoral, onde exerceu as funções de procurador geral, em 1934. Entre os numerosos pareceres que então proferiu cumpre salientar o estudo a respeito do sistema proporcional de eleição, em face da Constituição Federal, (*Revista da Faculdade de Direito*, XXX, tomo 2, p. 800).

Havendo o decreto federal n. 24.102, de 10 de abril de 1934, transferido esta Faculdade ao Estado de São Paulo, a fim de integrar a Universidade recém-criada, foi aprovado o novo regulamento daquele Instituto pelo decreto estadual n. 6.429, de 9 de maio desse ano. Instituído o curso de doutorado, foi Sampaio Doria nomeado, por decreto de 8 de junho, professor catedrático de Economia e Legislação Social, 1.<sup>a</sup> cadeira do 2.<sup>o</sup> ano.

Promulgada a Constituição Federal de 16 de julho de 1934 e eleita a Assembléia Constituinte do Estado de São Paulo, recebeu esta, como colaboração, um ante-projeto de Constituição Estadual, elaborado pelos professores Sampaio Doria e Mario Masagão. Na Carta de 9 de julho de 1935 muitas de suas sugestões foram acolhidas.

O regime constitucional foi de curta duração. O golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, fechando as Câmaras Legislativas, instituiu no Brasil uma ditadura, que só teve seu término com o movimento de 29 de outubro de 1945. E

a Carta Constitucional então outorgada substituiu no país a Constituição democrática de 1934.

Esta Faculdade constituiu-se, durante o Estado Nôvo, em baluarte de resistência à nova Ordem estabelecida. Professôres e alunos deram-se as mãos, lutando na mesma trincheira. E, entre os mestres desta Casa, a posição mais difícil era a do ocupante da cadeira de Direito Constitucional. Deu-se, todavia, logo após, a aposentadoria do professor Theophilo Benedicto de Souza Carvalho, catedrático de Direito Internacional Privado, e para essa disciplina Sampaio Doria se transferiu. Porque um liberal de sua estirpe não poderia expor aos seus alunos os princípios de uma Carta fascista.

Foi-me oferecida, então, a regência da cadeira de Direito Constitucional. Recusei-a. E, na verdade, como assinala “O Estado de São Paulo”, no necrológio de 27 de dezembro de 1964, em homenagem a Sampaio Doria, os livres-docentes que tomaram essa substituição jamais aqui estudaram a Carta de 10 de novembro de 1937

A ditadura, que se instalara no país, tinha sempre os olhos voltados para esta Faculdade. Esta foi a trincheira que nunca se rendeu. E, nos têrmos do art. 177 da Carta Constitucional, restaurado pela lei constitucional n. 2, de 13 de maio de 1938, foram aposentados compulsoriamente, por conveniência do regime, aos 13 de janeiro de 1939, os professores Antônio de Sampaio Doria, Vicente Ráo e Waldemar Martins Ferreira. Soube, alguns anos após, que a medida também deveria alcançar o professor Cardoso de Mello Neto e a mim próprio; poupados que fomos pelo Governo, ficamos sem essa condecoração. Mesmo a aposentadoria forçada daqueles três colegas ulteriormente se revogou, pelo decreto n. 3.298, de 22 de maio de 1941.

Em 1942, em plena ditadura, Sampaio Doria publicou suas lições, professadas na Faculdade de Direito, sob êste

sugestivo título: *Os direitos do homem*. E, no prefácio da obra, coloca alguns sinais de advertência: “O que equilibra a autoridade incontrastável com a liberdade insubmissa, é a consciência esclarecida do povo que as pratique: a consciência, isto é, as diretrizes morais, de cuja verdade cada povo se haja impregnado, e a cuja prática se tenha habituado. Certo, cada geração que emerge, ignora tudo a respeito de tudo. Tôda a humanidade cairia em trevas, se a educação dos adultos, que passam, não se comunicasse, em seus benefícios, aos adolescentes, que surgem”. E continua: “O aprendizado, contudo, tanto pode ser da verdade que salva, como de fantasias que perdem. Observações unilaterais, que se façam, ou teorias sedutoras, que se leiam, podem criar fanáticos da ação, que tudo arrazam, e, até, às vêzes, no pressuposto de que estão praticando o bem”.

A segunda edição dessa obra, publicada em 1946, traz um novo título: *Curso de Direito Constitucional*. E o motivo dessa alteração se encontra no prefácio então publicado: “Reconhecendo, embora, que, nos ares da ditadura, o título com que saiu à praça a primeira edição dêste livro, era um brado liberal pelos Direitos do Homem, Waldemar Ferreira, meu colega de turma e de cátedra, me sugere, para esta 2.<sup>a</sup> edição, o título que anuncie por inteiro a substância da obra: *Curso de Direito Constitucional*.”

“Realmente, êste livro, como ficou explicado no prefácio da 1.<sup>a</sup> edição, é o sumário do curso de direito público constitucional, que, durante alguns anos, professei na Faculdade de Direito, onde nós ambos ensinamos aos moços. Passado, porém, desde 29 de outubro de 1945, (e queira Deus que para sempre), o absolutismo do poder entre nós, porque não restituir ao livro o título que melhor espelhe os assuntos expostos?

“É a sugestão de Waldemar Ferreira. Vá lá. Sai por conta dêle o novo título”.

A 3.<sup>a</sup> edição do *Curso*, acrescida de comentários aos artigos da Constituição, publicou-se em 1958. O seu trabalho definitivo, porém, compõe-se de duas partes: *A Teoria Geral do Estado*, (5.<sup>a</sup> edição revista, em dois tomos) e os *Comentários à Constituição Federal de 1946*, em três volumes.

Esta não é a oportunidade adequada para um exame crítico dessa obra, a mais importante contribuição científica do professor Antônio de Sampaio Doria. Baste dizer que a doutrina exposta é do melhor quilate. Os comentários ao texto constitucional são claros e incisivos. Brotam de uma consciência de jurista esclarecido e convicto.

Seja-me lícito, contudo, ressaltar nesses comentários a parte dedicada ao art. 8.<sup>o</sup>, parágrafo único da Constituição, que assim reza: “No caso do n. VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”.

O texto nasceu de sugestão por mim feita ao nosso eminente colega professor José Carlos de Ataliba Nogueira, deputado à Constituinte de 1946. É que, ao escrever a minha monografia sobre *A Intervenção Federal nos Estados*, vinte anos antes, preocupava-me o espírito o haverem os constituintes de 1891 deixado ao arbítrio dos poderes políticos da Nação o ajuizarem da violação dos princípios constitucionais, para efeito de intervenção. Quis passar essa competência para o Poder Judiciário. Mas, este, a meu ver erroneamente, tem estendido essa sua competência, na aplicação do dispositivo constitucional, aos casos mais diversos.

Bem é que venha agora a lição do emérito constitucionalista reivindicando a verdadeira doutrina: “Não é índole do Poder Judiciário decidir em tese. A essência da função judiciária é aplicar a lei aos fatos, por provocação das partes. Não, decidir em processo a validade da lei, sem o propósito de dar, ou evitar que tomem, o seu a seu dono.

A função judiciária é fazer justiça, e não apregoá-la, como professor numa cátedra. Por isto, e pelos termos exatos do parágrafo único acima, a faculdade de declarar o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de um ato dos Estados, sem que alguém reclame a segurança de um direito, se há de restringir ao resguardo de um dos sete princípios, especificados no artigo 7.º, item VII, contra o qual se argúi o ato de um Estado, e para cuja observância, se o Tribunal declarar inconstitucional o ato, se decretará a intervenção federal no Estado responsável”, (conf. *Direito Constitucional*, II, 72/3).

Nem sempre, contudo, pude estar de acôrdo com o eminente jurista, na conceituação de temas constitucionais. Haja vista a identificação por êle feita entre *princípios constitucionais* e *poderes da União*, em sua tese de concurso de 1926, e cuja distinção deixei evidente, na monografia sôbre *O Artigo 63 da Constituição*. De igual forma em relação à sua doutrina sôbre o caráter absoluto da soberania e a posição do Brasil nas Nações Unidas, objeto de três conferências que pronunciou em 1957, no Palácio Itamarati, na Faculdade de Direito de São Paulo e na Faculdade de Direito de Maceió e a cujos conceitos tive oportunidade de replicar, em conferência sôbre *Ruy o Internacionalista*, por mim proferida no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, na comemoração do cinquentenário da Conferência de Haia.

Foi nesse ano que, acompanhado por seu irmão Pedro Doria, pôde Antônio rever a terra natal, visitando a casa em que nasceu e a igreja em que foi batizado. O menino que dali partira há sessenta e sete anos voltava coberto de louros. Realizara na vida os três anelos supremos: seu sonho de amor, sua independência econômica e seu ideal de cultura, atingindo a cátedra ambicionada e dela saindo galardoado com o título de professor emérito. Alagoas, rincão sagrado, que dera ao Brasil tantos cidadãos notáveis,

— Deodoro, que proclamou a República, Floriano, que a consolidou, — foi também o berço do homem público, há trinta dias desaparecido e que tanto honrou as tradições desta Casa veneranda.

Juiz do Superior Tribunal Eleitoral, em 1945, Ministro da Justiça e Negócios do Interior, na presidência José Linhares, naquela Côrte de Justiça e no desempenho da pasta política do Govêrno da República, Sampaio Doria foi sempre o mesmo homem, fiel aos postulados democráticos e exemplar no cumprimento de seus deveres para com a Pátria.

Relutara em aceitar o cargo de ministro, alegando condições de saúde. Quando, porém, um dos mais prestigiosos chefes do movimento de 29 de outubro declarou que, se os civis não queriam ocupar os postos que lhes eram oferecidos, não se queixassem depois que os militares o fizessem, Sampaio Doria se pôs imediatamente às ordens do presidente, seu colega de turma na Faculdade e seu dileto amigo.

A ação do ministro da Justiça, nesse momento, guardadas as devidas proporções, foi a que Ruy Barbosa exerceu nos primeiros dias da República. Adaptou à conjuntura a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, elaborando a lei constitucional n. 11, de 30 de outubro de 1945, sôbre impedimentos dos magistrados; a n. 12, de 7 de novembro, revogando o art. 177 da Constituição; a n. 13, de 12 de novembro, dispondo sôbre os poderes constituintes do Parlamento, a ser eleito a 2 de dezembro; a n. 14, de 17 de novembro, extinguindo o Tribunal de Segurança Nacional; a n. 15, de 26 de novembro, dispondo a respeito dos poderes da Assemblêia Constituinte e do presidente da República; a n. 16, de 30 de novembro, revogando o art. 186 da Constituição, que declarou o estado de emergência em todo o país; a n. 17, de 3 de dezembro, revogando o art. 179 da Constituição, que determinava fôsse constituído o Conselho de Economia Nacional, até a instalação do Parlamento; a

n. 18, de 11 de dezembro, revogando o art. 96, parágrafo único da Constituição, que permitia ao presidente da República, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, pelo Poder Judiciário, submeter novamente a matéria ao Poder Legislativo, que poderia, por dois terços de votos, em cada uma das Câmaras, confirmar o diploma legal, anulando, assim, a ação do Tribunal; a n. 19, de 31 de dezembro, dispondo sobre a proclamação do presidente da República, eleito a 2 de dezembro de 1945; a n. 20, de 2 de janeiro de 1946, fixando o subsídio dos deputados e senadores; e, finalmente, a n. 21, de 23 de janeiro desse ano, complementando a lei constitucional n. 19 e dispondo, como aquela, sobre a proclamação do presidente da República, eleito a 2 de dezembro de 1945.

Chegou Sampaio Doria, como me relatou, a elaborar minuta de um decreto, suspendendo os direitos políticos do Sr. Getúlio Vargas e dos membros de seu Ministério, para que não pudessem concorrer às próximas eleições; mas, o presidente José Linhares se negou a assiná-lo. A consequência disso foi que o ditador, trinta e quatro dias após a sua deposição, elegia-se senador pelos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, assim como deputado federal por sete outros Estados. .

Não aguardou Sampaio Doria a posse do novo presidente, para abandonar o seu posto. Ministro da Justiça, indicara ao presidente o nome de um ilustre colega desta Faculdade, para uma vaga no Supremo Tribunal; mas, o Chefe de Estado, aceitando em princípio essa indicação, propendeu depois por orientação diversa. Não se conformou com isso o auxiliar do Governo, que se demitiu da pasta que ocupava, em caráter irrevogável.

Candidatos da União Democrática Nacional às duas vagas existentes no Senado da República, concorreremos, eu e Sampaio Doria, ao pleito de janeiro de 1947. Como era de se prever, fomos ambos fragorosamente derrotados...

Por decreto de 24 de janeiro de 1951, o professor Antônio de Sampaio Doria foi aposentado no cargo de catedrático de Direito Internacional Privado, do curso de bacharelado. Conservou, porém, a sua cadeira no curso de doutorado, da qual apenas se afastou quando aposentado pelo implemento de idade, fixado na Constituição. Conferiu-lhe a Congregação, a 8 de junho de 1953, o título de professor emérito, ocasião essa em que proferiu a oração sôbre o *Império do Mundo*, que constitui a primeira parte do volume *O Império do Mundo e as Nações Unidas*, editado por Max Limonad, em 1962.

Mediante proposta do eminente jurista Levi Carneiro, o Instituto dos Advogados Brasileiros conferiu a Sampaio Doria, a 22 de setembro de 1960, o Prêmio Teixeira de Freitas, uma das mais altas honrarias que podem ser atribuídas no Brasil aos cultores do direito e à qual Doria fez jus pelo exercício do magistério, pela sua extensa obra de publicista e pela ação pública desenvolvida em sua vida exemplar.

Contam-se, em sua bibliografia, além de seus numerosos trabalhos sôbre direito público, valiosíssimos ensaios sôbre matéria de educação. *Metodologia do Ensino, A Técnica do Ensino, O método nas Ciências Sociais, Aplicações Didáticas, Autonomia Didática, Pluralidade Educativa e Educação da Memória*, dizem bem de sua competência no ramo da Pedagogia. Cultor da lingua, preferia sempre, quando participava dos exames vestibulares, presidir a banca de Português. Versou a matéria muitas vêzes, dedicando um volume, publicado em sua mocidade, para tornar fácil à compreensão de todos a análise lógica. Seu derradeiro trabalho, que deixou inédito, ainda em fase de revisão, intitula-se *Suma Ideológica*, nome inspirado, sem dúvida, pela obra incomparável de Santo Tomás de Aquino.

Ao se reunir a VIII Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1953, o nosso querido colega Vicente

Rão, então Ministro das Relações Exteriores, volveu os olhos para esta Casa. E, na Delegação chefiada pelo embaixador Mário de Pimentel Brandão, Secretário Geral do Itamarati, incluiu dois mestres desta Faculdade: Antônio de Sampaio Doria, como delegado e Joaquim Canuto Mendes de Almeida, como delegado substituto.

Designado para a 3.<sup>a</sup> Comissão — Social, Humanitária e Cultural, — teve Sampaio Doria oportunidade de proferir eloqüente oração, em que tratou d'*As Nações Unidas e os Direitos do Homem*, (*Revista dos Tribunais*, 217/3). E, estabelecendo a classificação dos fins das Nações Unidas, assim falou: “Na interpretação da Carta de São Francisco, é preciso não perder de vista a escala dos propósitos a cargo das Nações Unidas. Um supremo, a que os demais servem. É a paz entre as nações, a segurança internacional, na inviolabilidade da jurisdição interna de cada Estado. Outros secundários, para a efetividade do supremo. São três: 1) a autodeterminação dos povos capazes, hoje sob a tutela das Nações Unidas, ou de membros das Nações Unidas; 2) a garantia dos direitos do homem, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e 3) cooperação mediante assistência técnica e ajuda material no desenvolvimento econômico, social, educativo e humanitário dos povos subdesenvolvidos. Resta o transitório. São compromissos entre os membros das Nações Unidas, beligerantes da Segunda Guerra Mundial.

“Na escala de valores, quem não vê a primazia no propósito de manter a paz entre as nações?

“Dentro desta visão de conjunto, é que se há de aplicar o princípio da autodeterminação, o princípio dos direitos do homem e da ajuda às nações subdesenvolvidas”, (*Rev. cit.*, 217/9).

E, preocupado com a idéia de liberdade, o emérito constitucionalista assim termina o seu discurso: “O ideal em marcha, senhor presidente, é que os direitos do homem se-

jam as fronteiras naturais do poder político. No dia em que êste ideal fôr reconhecido, não haverá mais, no mundo, nenhum govêrno absoluto, e nenhum homem escravo e a paz reinará sôbre a terra”.

A Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito, para que o pensamento do apóstolo se renovasse cada dia na retina de professôres e estudantes, fêz gravar em bronze as consagradoras palavras que Ruy Barbosa aqui proferiu, em seu discurso de 1909: “Debaixo dêstes tetos duas evidências há que nos consolam, nos desmagem e chegam a desconvencer-nos da morte: a continuidade da tradição e a continuidade da justiça”.

A inauguração dessa placa, a 14 de novembro de 1944, deu a Sampaio Doria oportunidade de proferir uma de suas mais belas orações. O tema era deveras empolgante: tradição e justiça. E o conceito desta última fundiu o mestre n’*As tradições da Faculdade de São Paulo*. (Conf. *Revista da Faculdade de Direito*, 39/257).

“Certo, não é”, proclamou, “na geração dos estudantes de hoje, que, acaso, tenha a continuidade das tradições, e a continuidade da justiça, que êle exaltou, sofrido eclipse ou deslustre. A geração dos moços a quem falo, acordando para a vida na mais sinistra fase da humanidade, se, alguma vez, deslumbrada com a poeira de ouro de frases bem sozntes, vacilou, desmentindo-se a si mesma, soube, logo, a tempo, desvendar os olhos, para não confundir nem a Pátria, nem Deus, nem a Família, com a ambição dos dês-potas, a hipocrisia de seus intuitos, e a crueldade de seus processos.

“É que o espírito desta Casa, a voz de cujos professôres, ainda os de outrora, lhe repercute rediviva em cada canto, é de cultura, liberdade e justiça. E êstes ideais, os moços não os renegam, não os traem, a preço de nenhuma sedução, nem por temor a nenhum perigo”.

Nestas palavras se encontra o perfeito retrato do idealista, que há trinta dias entregamos à boa terra de São

Paulo. Aqui viveu quase setenta anos e Piratininga veio a disputar a Belo Monte, o quieto burgo nordestino, a glória de acalantar o último sono de seu ilustre filho.

Humboldt dizia de Lamartine, em 1843: “*c’est une comète dont on n’a pas encore mesuré l’orbite*”. Sem exagêro, pode-se afirmar o mesmo de Antônio de Sampaio Doria. Professor, publicista, patriota, homem de Estado, poderíamos pedir de empréstimo a Ruy Barbosa a frase em que êste resumiu a própria vida, para defini-lo: “Estremeceu a Pátria, viveu no trabalho e não perdeu o ideal”.

Tais virtudes êle as demonstrou no curso de uma longa existência. Mestre de direito e de civismo, professôres e alunos inclinam-se reverentes ante a sua sepultura e, neste instante, evocam respeitosamente a sua memória.

São Paulo, 26 de janeiro, 1965.

# Professor José Joaquim Cardozo de Mello Neto \*.

*José Pinto Antunes*

Catedrático de Economia Política na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Bem sei, meus senhores e minhas senhoras, que não somente as razões do coração mas, igualmente, as da inteligência não justificam nem explicam a dolorosa recordação que ora fazemos do passamento do Doutor José Joaquim Cardozo de Melo Neto, Professor emérito desta Casa e Mestre insigne de nós todos.

De fato, o coração se aperta outra vez em dor profunda que é a angústia de uma saudade sem remédio. E justamente a mim, seu discípulo, seu amigo e companheiro de árduas lutas políticas, vai caber, pelos ditames universitários, o doloroso papel de reavivar, no trigésimo dia de sua morte, o sofrimento dos seus familiares e o desalento dos seus amigos.

A inteligência inconformada com a brutalidade do fato, explode a sua revolta contra o inexorável da Morte e a incompreensível existência da Dor. Por que, perguntamos a nós mesmo, por que Aquêlé, que tudo pode, não nos dá tôda a felicidade, não nos exime da dor, se a fé de cristão nos diz que é, Êle, Pai amantíssimo, isto é, o Pai de nossos pais, o Pai por excelência?! E ser pai é sofrer para que

---

\* Discurso proferido em sessão solene realizada a 21 de agosto do corrente ano no salão nobre desta Faculdade, em homenagem póstuma ao prof. Dr. José Joaquim Cardozo de Mello Neto.



não sofram os filhos; é puro amor, é perdão sòmente e não castigo ou punição?! Por que nos deu a razão que não explica a contraditória razão das coisas? A justificativa do pecado original, para a morte e o sofrimento, está em contradição com o princípio da mesma razão, de que a pena não deve passar além do criminoso sem injustiça... Com qual razão ficamos? Qual é a que nos define como racionais?

Que razão contra as razões, esta, a de que nos dotaram, para a inquietude do nosso espírito, que não explica o infinito, nem a própria vida, que traz em si a constância da Dor e o inexorável da Morte?!

Mas, confundindo a ambiciosa inteligência humana, responde Ele através dos séculos, lá do alto da montanha, em sermão sagrado:

“Não vos inquieteis. Eu sou a verdade...”

“...Quem veste os lírios do campo?...”

Deixemos, pois, a vã filosofia de uma razão impotente para compreender a grande Razão do Ser.

Curvados à Vontade do Senhor, vamos tornar a viver a nossa triste paixão com aquêles que nos ouvem, falando da vida, cheia de virtude e sabedoria, do Professor José Joaquim Cardozo de Melo Neto, a quem hoje, pela minha palavra, a Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco presta as honras soleníssimas com que ela tem por timbre e por costume inscrever, nos fastos do seu patriciado, aquêles que muito a dignificaram pelo muito que fizeram pelos altos interêsses do Brasil.

José Joaquim Cardozo de Melo Neto dizem os assentamentos que nasceu na Capital do Estado de São Paulo em 19 de julho de 1883.

Mas, em nome da imperial cidade de Areias retifiquemos a história, com as suas próprias palavras, quando argumentava que a árvore se define pelo lugar em que planta suas raízes e não por onde despeja os seus frutos.

Cardozo de Melo Neto serviu a Capital de São Paulo como seu Prefeito, o Estado, como seu governador, e o Brasil, como constituinte e deputado federal, mas as raízes de sua nobre família estão entranhadas na terra daquela pequenina cidade paulista que mesmo depois de havida por uma das “cidades mortas” do Vale do Paraíba, reviveu e se eternizou na expressão do belo literário das obras de Monteiro Lobato e, hoje, é saudada pela seiva de civismo que alimentou brasileiros ilustres, como o homenageado e o seu ilustre pai, doutor José Joaquim Cardozo de Melo Júnior, o antigo e último Chefe de Polícia do Império. E de igual estirpe foi sua digníssima mãe D. Adalgisa Pinto Cardozo de Melo.

Casado com D. Celina, filha do Conselheiro Rodrigues Alves, era-lhe fácil a ascensão na carreira política através das fileiras do Partido Republicano Paulista.

Todavia, preferiu o seu patriotismo o caminho árduo da oposição, participando da fundação da Liga Nacionalista com o Professor Frederico Steidel e, assim, desencadeando, pela sua pregação cívica, os movimentos revolucionários que vêm acelerando o progresso social do Brasil. Pois não há exagêro em se dizer que daquele tronco cívico provieram o Partido Democrático e a Aliança Liberal, no campo civil, e a revolução de 1930 como movimento militar que destruiu a antiquada estrutura política do país, instituindo o voto secreto e outras medidas democráticas.

Quando o movimento democrático de 1930 degenerou em ditadura, foi o nosso Mestre um dos chefes da rebelião dos paulistas, em 1932 e, após a nossa derrota pelas armas, retomou, voltou à luta pela palavra, através do Partido Democrático, cuja direção assumiu em substituição ao saudoso Professor Francisco Morato, exilado em Portugal.

Então, seduzidos pelas graças do Ditador, alguns se bñdearam para o lado de lá, mas Cardozo de Melo Neto, tomado de ira santa, reúne, de pronto, os seus companheiros de Diretório e redige manifesto dirigido à Nação, em

nome da dignidade paulista, terminando com estas palavras candentes: “quanto a nós, do Partido Democrático, preferimos ficar com São Paulo, a cair súplices aos pés do vencedor”.

Este é o homem público que em 1930 foi Prefeito da Capital; depois, constituinte em 1934, líder da bancada do Partido Constitucionalista em 1936 e Governador do Estado de São Paulo em 1937.

Pertencia o Professor Cardozo de Melo Neto àquela estirpe de mestres que lecionava direito nas cátedras e pregava civismo nos comícios, preparando, pela palavra, pelo exemplo e pela ação, os jovens acadêmicos para os serviços da Pátria em transformação revolucionária.

Mestre de Economia Política, catedrático desde 2 de dezembro de 1920, lecionou Ciência das Finanças que, então, integrava aquela disciplina, além de Direito Administrativo, em substituição eventual do Professor Manuel Pedro Vilaboim.

Foi, também, um dos grandes Diretores desta Casa.

Sua doutrina econômica já não era o liberalismo do século 19, embora pregasse, ainda com timidez, a atividade intervencionista do Estado na ordem econômica, dizendo-se, porisso, filiado ao socialismo de cátedra.

Mais tarde avança nas suas lições e, quase profeticamente, delineia o intervencionismo liberal de Roosevelt ou intervencionismo de funcionamento de Keynes, dizendo-se filiado à escola intermédia, isto é, entre o socialismo e o antigo liberalismo. E, para explicação do seu pensamento, remetia-nos a um modesto economista brasileiro — Viera Souto, se não me falha a memória, onde o autor comparava o intervencionismo estatal ao modo da ação do jardineiro que afeiçoa o jardim com a sua tesoura, dando disciplina e harmonia aos desenvolvimentos naturais. .

Afinal, eram as potencialidades da iniciativa privada contidas nos seus excessos pelo direito. Era ainda o jurista temendo a força explosiva do fator econômico e querendo

canalizá-lo pela ação coordenadora da política geral. A Constituição de Weimar, de 1919, foi, talvez, a forma de transação e transição em que os liberais do século 19 se transformaram em liberais do século 20. E o Professor Cardozo de Melo Neto pertence a este grupo de economistas ainda em dúvidas ante a necessidade da economia de duplo setor, como solução ou promessa de solução para os problemas econômicos, postos, hoje, agressivamente, pelas massas sôfregas, famintas de igualdade econômica, e, por isso, sempre prontas para a violência em busca de nova ordem jurídica que condicione outra ordem econômica mais justa e humana do que aquela em que vivem e padecem.

Acreditava o nosso saudoso Professor no intervencionismo econômico sem revolução, realizando o desenvolvimento material sem desajuste ou distorções, a modo da extensão da gota de azeite que, harmônicamente, se espalha para os bordos da superfície a que se destina. O direito, então, com o seu primado sôbre o econômico, é força disciplinadora do lento e ordenado enriquecimento coletivo. Enfim, na linguagem dos nossos dias, pregava o desenvolvimento econômico sem “queimar etapas”.

Na luta entre o economista e o jurista, ficava com o jurista, acreditando nas suas fórmulas e no seu govêrno para multiplicação e difusão das riquezas.

Não seria, mais, agora, o homem do seu tempo. A sua constante satisfação, fácil e comunicativa, expressa-se, também, no seu otimismo doutrinário, fazendo dêle o último representante de uma geração de professôres tranqüilos e confiantes no ensino que transmitiam como conhecimentos categóricos.

Até a sua expressão pitoresca com que paternalmente nos acolhia, o seu “muito ótimo” era a evidência daquela tranqüilidade do mestre na direção doutrinária do discípulo.

Esta Faculdade pela responsabilidade, centenariamente histórica, de fazer homens públicos, sente-se agora apreensiva e perplexa no seu ensino.

O fator econômico, até então submisso à ordem jurídica, desprende-se do jugo legal e, de informado, passa a informante, porque dominador. As leis correm para vesti-lo e travá-lo com as suas fórmulas, mas êle continua avançando rebelde às disciplinas. Tranforma o Direito Privado em Direito Público. É o fato jurígeno de novas disciplinas jurídicas. Põe o Direito Constitucional em crise...

A economia dita e o direito obedece.

E tudo porque a igualdade formal de todos perante a lei, prometida pelo direito, não satisfaz mais às massas rebeldes que pedem garantia contra a fome e, pela participação nas riquezas econômicas, estão dispostas a pagar preço incomensurável dando, de barato, as conquistas democráticas do século 19. Dai o feliz êxito das ditaduras onde os demagogos acenam com a pronta extensão da riqueza a todos, como se o desenvolvimento econômico e a riqueza coletiva fôsem programa de execução imediata e não dependente da produção e do tempo.

Temos que atentar, no nosso ensino, para o fato de que a universal insatisfação social pede medidas de emergência, mesmo contrárias às soluções melhores mas demoradas. As massas indóceis não se aquietam com a promessa de vida melhor para as futuras gerações, mas exigem, para já, a participação nas riquezas e no confôrto que o progresso técnico criou e que é, ainda, privilégio de “elites” econômicas.

É esta contradição criada pela extensão social dos desejos que abala a ordem jurídica e fá-la dependente da ordem econômica.

A crise do direito demanda solução ao economista e, êste, perplexo, não sabe como planejar o desenvolvimento econômico no ritmo da sofreguidão das massas necessitadas.

Promete a Constituição “vida digna a todos”; “flatus vocis”, promessa jurídica vã, porque está fora da sua competência o aumento do dividendo social, condição para a lei de justa distribuição das riquezas.

Esta divagação, meus senhores e minhas senhoras, não é um pretexto do coração para fugir à dor do elogio fúnebre do grande Mestre desta Escola. Ao contrário, é o estudo da sua personalidade “sub specie aeternitatis”.

Cardozo de Melo Neto é a afirmação da liberdade como princípio ordenador na ordem econômica e jurídica. E nós, que o substituímos na cátedra, aceitamos o princípio no campo do ideal, mas não sabemos como servi-lo adequadamente ou aplicá-lo nas contingências de uma sociedade em revolta pela carência dos bens que lhe são vitais. Com êle, condenamos o Estado como mau produtor, mas não vemos como aumentar a produção e efetivar as mutações técnicas sem os grandes capitais que somente a riqueza ou o crédito do Estado podem realizar.

Cardozo de Melo Neto ensinava as linhas do ideal econômico-jurídico da convivência com justiça. Nós, oprimidos pelas exigências do cotidiano, transigimos com o ideal e tememos, assim, pelo resultado das mesinhas de emergência.

Deixou o Mestre, cuja memória reverenciamos, o otimismo do sábio que vive na tranqüilidade da ciência. Mas, ao mesmo tempo, pela sua ação política, responde por esta revolução dos fatos sociais, criando, assim, para os seus discípulos e sucessores, graves problemas de uma sociedade que desperta pedindo, com urgência, a formulação de uma nova ordem econômica e a consequente reformulação da ordem jurídica vigente.

Não sei, não. Mas, para nós, é mais uma lição do Mestre que, lá do alto dos céus, nos está distribuindo a tarefa ingente de preparar a mocidade de sua querida Academia para a construção de um novo Brasil, onde continui a sobreviver a liberdade mas que sobreviva sem as aflições de sua sofrida população.

Meus senhores e minhas senhoras.

Já se falou demais para o sofrimento de uma saúde.

Pensemos, antes, que o Professor Cardozo de Melo Neto está ali na Congregação com o seu sorriso de gentil-homem mas com a sua feição diretora. Elegante, austero, afável e disciplinador.

Pensemos que já conseguiu a eternidade da lembrança com o nome esculpido nas pedras centenárias das Arcadas.

Recordemos, ainda, que êle abriu páginas brilhantes da história de São Paulo e do Brasil com a coragem do seu civismo e a sábia inteligência de Mestre e de Politico.

Vive êle em Cristo por tôda a eternidade e nos corações, pelas virtualidades do amor dos seus amigos e dos seus desolados discípulos.

## Os Pactos Sucessórios na História do Direito Português\*.

*Guilherme Braga da Cruz*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutor "honoris causa" pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Conceito, modalidades e estrutura jurídica dos pactos sucessórios. 2. A proibição dos pactos sucessórios no direito romano: a) Pactos de instituição de herdeiro; b) Pactos renunciativos; c) Pactos "de hereditate tertii". A constituição "De quaestione", de Justiniano. 3. Simpatia dos direitos europeus da alta Idade Média pela sucessão pactícia. Generalização da "instituição contratual" e dos "pactos renunciativos" 4. Embate da tradição costumeira com o direito romano renascido (sécs. XII e XIII). Solução de compromisso adoptada pelo "direito comum": a) Regra: Proibição genérica dos pactos sucessórios; b) Excepções: I. No domínio dos pactos "de hereditate tertii"; II. No domínio dos pactos "de succedendo"; III. No domínio dos pactos renunciativos. A decretal "Quamvis", de 1299. c) O caso especial dos pactos sucessórios estipulados nas convenções antenupciais. 5. Posição tomada pelo antigo direito português, quanto a validade dos pactos sucessórios em geral: a) Doutrina das Ordenações: I. Proibição dos pactos "de hereditate tertii" e "de succedendo" Validade dos primeiros, quando aprovados pelo "de cuius" Casos de duvidosa validade dos segundos. II. Validade dos pactos renunciativos, quando acompanhados de juramento. b) Movimento favorável à validade dos pactos sucessórios em geral, encabeçado por Melo Freire (séc. XVIII); c) Insucesso dessa tentativa

---

\* Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 18 de agosto de 1964.

(séc. XIX). 6. Ampla aceitação dada pelo antigo direito português aos pactos sucessórios, quando efectuados nas convenções antenupciais. Modalidades de pactos mais generalizadas: a) Instituição contratual feita por um dos esposados em favor do outro ou por ambos reciprocamente; b) Instituição contratual feita por terceiros em favor dos esposados; c) Instituição contratual feita por esposados em favor de terceiros; d) Substituição contratual (fideicomissária ou vulgar); e) Promessa de igualdade ou pacto “de non meliorando”; f) Pacto de exclusão sucessória recíproca entre esposados; g) Renúncia da esposada à legítima paterna. 7. Os pactos sucessórios, sob a forma de “doações para casamento”, no Código Civil Português de 1867.

1. Emprega-se a expressão “pacto sucessório”, em sentido restrito, para designar a convenção ou contrato que tem por objecto a sucessão dum ou de ambos os contraentes. Em sentido amplo, porém, a expressão abrange não só as convenções que têm por objecto a sucessão dum dos contraentes como todo e qualquer contrato sôbre a herança duma pessoa viva.

Foram os romanistas da baixa Idade Média que pela primeira vez formularam um conceito de pacto sucessório e que sôbre êle fizeram uma tentativa de construção jurídica, que é ainda aquela dentro da qual hoje nos movemos. Assenta essa construção jurídica na classificação dos pactos sucessórios em três categorias fundamentais: pactos aquisitivos ou “de succedendo”; pactos renunciativos ou “de non succedendo”; e pactos sôbre a sucessão dum terceiro ou “de hereditate tertii”.

a) O pacto aquisitivo ou “de succedendo” equivale ao que correntemente se denomina “instituição contratual”, podendo revestir — como a instituição feita em testamento — as modalidades de instituição a título universal ou a título particular.

Se é feita a título universal, estamos perante uma “instituição contratual de herdeiro”: um dos pactuantes institui herdeiro o outro, ou institui herdeiro um terceiro, ou

faz com o outro uma instituição recíproca. Se é feita a título particular, estamos perante a figura do chamado “legado contratual”.

Intrínsecamente, estes pactos sucessórios aquisitivos têm uma natureza jurídica mista: como verdadeiros contratos *inter vivos*, são bilaterais e, em princípio, irrevogáveis; mas, como verdadeiros actos de direito hereditário ou sucessório, não transferem imediatamente um direito: criam apenas uma expectativa jurídica em favor do instituído, semelhante à expectativa dum herdeiro legitimário. Consequentemente, o instituidor não fica desde logo despojado do seu direito, mas sofre algumas limitações no respectivo exercício — que variam segundo os sistemas jurídicos — tendentes a proteger a expectativa do instituído. A mais expressiva dessas limitações, normalmente, é a de não poder fazer disposições a título gratuito, embora possa fazê-las a título oneroso.

b) O pacto renunciativo ou “de non succedendo” é aquele em que um dos contraentes renuncia à sucessão do outro. Apresenta, juridicamente, a mesma natureza mista do anterior: é um contrato, um acto jurídico bilateral, e, portanto, em princípio, irrevogável; mas é, ao mesmo tempo, um acto de direito hereditário ou sucessório, que, rigorosamente, não cria, nem extingue, nem transfere, de momento, qualquer direito. Pode, quando muito, extinguir uma expectativa juridicamente protegida, como, por exemplo, na renúncia à legítima, feita pelo herdeiro legitimário, ou na renúncia a uma instituição contratual, feita pelo instituído; mas pode nem isso sequer extinguir, como na simples renúncia a um direito sucessório “ab intestato”, ou na renúncia a uma instituição testamentária de herdeiro. Essa, a razão por que deve rejeitar-se a denominação de “pactos extintivos”, por vêzes imprópriamente dada aos pactos renunciativos ou “de non succedendo”.

A renúncia que é objecto do pacto pode ser feita em favor duma pessoa certa e determinada ou ser uma renúncia pura e simples, sem indicação da pessoa beneficiada, entendendo-se, então, que é feita genéricamente em favor

dos demais herdeiros presuntivos do *de cuius*. Duma maneira ou doutra, para haver verdadeiro pacto renunciativo é necessário que intervenha no acto a pessoa de cuja sucessão se trata e que o compromisso de renúncia seja assumido perante ela e por ela aceite. E, daí, esta dupla consequência:

— Se na renúncia intervém simplesmente o renunciante, não há nenhuma espécie de pacto: há uma renúncia unilateral e, portanto, livremente revogável pelo renunciante.

— Se a renúncia é pactuada com o beneficiário, mas sem a intervenção e aceitação da pessoa de cuja sucessão se trata, existe efectivamente um pacto, mas que não tem a natureza de “pacto renunciativo” ou “de non succedendo”. Estamos, então, em face dum pacto “de hereditate tertii”, visto que nele há simplesmente duas pessoas — renunciante e beneficiário — que contratam entre si sôbre a sucessão de alguém que é alheio ao acôrdo feito.

c) Os pactos sôbre a sucessão dum terceiro ou “de hereditate tertii” constituem, justamente, a terceira e última categoria de pactos sucessórios. Na sua configuração típica, não cabem na categoria de pactos sucessórios *stricto sensu*, porque não se destinam a regular a sucessão dum dos contraentes: não são, numa palavra, actos de direito sucessório ou de direito hereditário; são actos bilaterais *inter vivos* (uma venda, uma renúncia, uma doação, etc.) effectuados entre dois interessados, acêrca da sucessão duma pessoa viva, que permanece estranha ao acôrdo celebrado.

Normalmente, porém, o pacto “de hereditate tertii” não se apresenta nesta forma pura, mas de mistura com o pacto aquisitivo e com o pacto renunciativo. É o que succede sempre que nele intervém e dá o seu consentimento a pessoa sobre cuja sucessão o contrato incide. Se A, por exemplo, renuncia em favor de B à sucessão de C, num contrato em que intervém e dão o seu consentimento os três interessados, teremos desde logo entrelaçados, num mesmo e único acto contratual, as três modalidades de pactos su-

cessórios que acabamos de apontar: entre o renunciante A e o *de cuius* C, houve um pacto “de non succedendo”; entre o *de cuius* C e o beneficiário B, houve um pacto “de succedendo”; e, entre o renunciante A e o beneficiário B, houve um pacto “de hereditate viventis” ou “de hereditate tertii”.

2. Para compreender a história dos pactos sucessórios nos direitos dos diferentes países europeus, é necessário conhecer previamente, nos seus traços essenciais, qual foi a posição adoptada pelo direito romano perante o problema da admissibilidade desses pactos, pois a doutrina romanística teve um peso decisivo, a partir do século XII, com o renascimento do direito romano, para a formação dos quadros dogmáticos em que se moveram, a este respeito, todos os direitos europeus da Baixa Idade Média e dos Tempos Modernos, até à Revolução Francesa.

O direito romano foi francamente hostil aos pactos sucessórios, embora não tenha chegado a formular, a esse propósito, qualquer construção jurídica. Não chegou a elaborar um conceito, nem muito menos uma classificação dos pactos sucessórios; e, por isso mesmo, nunca chegou a formular, nem sequer na época justinianeia, uma proibição genérica dos pactos sobre sucessão futura. Neste, como em muitos outros domínios, o direito romano limitou-se a proceder casuisticamente: limitou-se a condenar, uma por uma, as várias modalidades possíveis de pactos, à medida que a prática se encarregava de as ir criando; e invocou fundamentos diversos, consoante os casos, para justificar essa condenação. E foi também casuisticamente que condescendeu com a prática, acabando por admitir, na época post-clássica e justinianeia, algumas modalidades de pactos sucessórios que teimavam em não ceder perante a proibição. Assim:

a) Dos pactos de instituição de herdeiro não encontramos qualquer vestígio nas fontes romanas antes da época do Baixo Império. Compreende-se, aliás, que as fontes de direito da época clássica tenham guardado sobre eles abso-

luto silêncio: a instituição dum herdeiro através dum contrato brigava de tal modo com os princípios fundamentais do direito sucessório romano, que devia ser uma hipótese de todo inédita; e, daí, que as fontes não refiram sequer essa hipótese, nem para a aprovar nem para a condenar.

Na época do Baixo Império, porém, devido sem dúvida à penetração de usos orientais, começaram a surgir no direito romano alguns casos concretos de instituição contratual, que obrigaram os imperadores a intervir e a fixar doutrina sobre a sua admissibilidade. É Diocleciano quem pela primeira vez toma posição no problema, através duma constituição imperial que depois seria reproduzida no Código de Justiniano. Consultado sobre a validade duma cláusula dum pacto dotal onde se convencionava, *vice testamenti*, que o marido, por morte da mulher, sucederia nos seus bens extra-dotais, o imperador declara que essa cláusula é de todo destituída de valor, porque é ofensiva da liberdade de testar, visto que *a herança só se pode dar a estranhos por meio de testamento* (“haereditas extraneis testamento datur”) (C. 5, 14, 5).

A esta regra proibitiva — que, embora proferida sobre um caso concreto, tem valor de verdadeira proibição genérica — vamos encontrar apenas formulada uma possível excepção nas fontes romanas da mesma época: o “*pactum mutuae successionis*” de dois militares, referido como válido numa outra constituição do mesmo imperador Diocleciano e também depois reproduzida no Código de Justiniano (C. 2, 3, 19). É duvidoso, porém, se no caso figurado teria havido verdadeiro pacto sucessório ou simplesmente um testamento recíproco. Dum modo ou doutro, a hipótese é praticamente destituída de significado, porque, se se trata dum testamento recíproco, não envolve sequer excepção à regra, já assinalada, da nulidade da instituição contratual de herdeiro; e, se se trata dum verdadeiro pacto, estamos em face duma excepção que não chega, nem pouco nem muito, para abalar a regra, dado o facto de os pactuantes

serem militares e de o direito romano ter admitido, quanto a estes, um regime geral de direito sucessório à margem de todos os princípios.

Um ponto hoje muito discutido pelos romanistas é o de saber se esta hostilidade de direito romano contra a instituição contratual abrangia apenas a instituição a título universal (instituição contratual de herdeiro) ou também a instituição a título particular (legado contratual). O que importa frisar a este respeito é que, tenha ou não havido uma hostilidade *de principio* contra essa modalidade de pactos, o direito romano admitiu sempre, desde os tempos mais remotos até à época de Justiniano, a validade de certos negócios jurídicos que, se bem analisarmos, implicam ou podem implicar, directa ou indirectamente, uma instituição contratual a título singular. Tal é, no antigo direito, o caso da *mancipatio familiae mortis causa*; no direito clássico, o caso do *pactum de lucranda dote*; e, no direito justiniano, a *stipulatio post mortem* e o *mandato post mortem*.

b) Relativamente aos pactos renunciativos, aparecem já na época clássica alguns textos a condená-la expressamente. Vê-se, pois, que o seu uso começou a difundir-se mais cedo no Império Romano do que o dos pactos de instituição de herdeiro, o que não é de admirar se nos lembrarmos de que não brigavam tão ostensivamente como estes com os princípios do direito sucessório romano.

O caso mais frequentemente citado e condenado nas fontes — e que devia, portanto, ser o mais vulgarizado — e o da renúncia da filha dotada à herança paterna. A hipótese aparece já prevenida e condenada num texto de Papiniano, com o fundamento de que as convenções dos particulares não podem prevalecer sobre a autoridade das leis (“*privatorum enim cautiones legum auctoritate non censi*”) (D. 38, 16, 16); e é novamente referida e condenada numa constituição de Alexandre Severo, mais tarde reproduzida no Código de Justiniano (C. 6, 20, 3).

Há textos que igualmente condenam a renúncia ao direito de intentar, após a morte do testador, a *querela inoficiosi testamenti* (P.S., 4, 5, 8; C. 3, 28, 35, 2) e a renúncia ao direito de reclamar a *quarta Falcidia* (D. 35, 2, 15, 1); e o motivo invocado é, mais uma vez o de que as convenções privadas não podem derogar as leis de ordem, pública como são as que regulam as sucessões.

c) Os pactos “de hereditate tertii”, finalmente, são já objecto de condenação casuística na época clássica, a propósito da *venda* (D. 18, 4, 1), da *doação* (D. 39, 5, 29, 2) e da *aceitação* duma sucessão não aberta (D. 28, 6, 2, 2); e acabam por ser proibidos, em termos genéricos, logo nos começos do Baixo Império, através duma constituição de Constantino, mais tarde incluída no Código Teodosiano (C. Th., 2, 24).

No mais antigo destes textos, que é o referente à venda duma sucessão não aberta, invoca-se como fundamento da nulidade do pacto a sua falta de objecto (“qui in rerum natura non sit quod venierit”); mas, em todos os demais textos, a razão que invariavelmente passa a ser invocada é a de estes pactos serem desonestos (“improba”) e contrários aos bons costumes (“contra bonos mores”).

Duas excepções, contudo, são previstas nos textos a esta proibição genérica: uma delas, admitida já desde a época clássica, é a da “*societas omnium bonorum*”, ou seja, a sociedade em que os sócios se obrigam a pôr em comuni todos os seus bens presentes e futuros, o que implica, como é evidente, um acordo sobre a sucessão de terceiros (D. 17, 2, 3, 1); a outra, consagrada justamente pela constituição de Constantino que estabeleceu a proibição genérica destes pactos, é a partilha da herança materna feita pelos filhos em vida da mãe, desde que esta dê o seu consentimento e nele persevere até a morte.

Foi esta a doutrina que, devidamente generalizada, veio a obter consagração definitiva no direito justinianeu. Respondendo a uma consulta dos advogados de Cesareia sobre

a validade duma convenção celebrada entre vários herdeiros presuntivos dum terceiro, o Imperador, numa constituição datada de 531, declara nulas todas estas convenções, com o fundamento de que, além de contrárias aos bons costumes, são *odiosas e cheias de tristíssimas e perigosas consequências* (“odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus”) (C. 2, 3, 30). Invoca-se assim, pela primeira vez, como fundamento da nulidade dos pactos sobre a sucessão dum terceiro, o facto de representarem um perigo para a vida da pessoa de cuja sucessão se trata, na medida em que assentam na condenável esperança (“acerbissima spes”) da sua morte próxima. É aquilo a que, alguns séculos mais tarde, os comentadores chamariam “votum mortis” e que seria, ao longo dos tempos, o argumento mais largamente usado contra a admissibilidade dos pactos sucessórios.

Desta fundamentação, tira Justiniano uma consequência lógica: a convenção sobre a sucessão dum terceiro deixa de ser imoral e de representar um perigo para a vida do *de cuius* se este der o seu expresso consentimento e se perseverar nesse consentimento até à morte (“si voluntatem suam eis accommodaverit et in eis usque ad extremum vitae spatium perseveraverit”). É a mesma doutrina, como se vê, que a constituição de Constantino tinha estabelecido para o caso concreto da partilha da herança materna feita pelos filhos em vida da mãe, agora generalizada a todos os casos de pactos sobre a sucessão dum terceiro.

Esta constituição de Justiniano, conhecida vulgarmente, das suas primeiras palavras, por constituição *De quaestione*, veio a constituir, após o renascimento do direito romano, um dos pilares fundamentais da teoria dos pactos sucessórios, em todos os países europeus.

3. A contrastar com este desfavor de que foram objecto por parte do direito romano, os pactos sucessórios vão encontrar em toda a Europa ocidental, a partir das invasões germânicas, terreno propício para proliferar.

a) A decadência e desaparecimento do testamento romano, que se verificou em todas as antigas províncias do Império do Ocidente entre o séc. V e o séc. VIII, favoreceu a generalização de vários sucedâneos — uns de origem germânica, outros de origem romano-vulgar e outros, ainda, nascidos das práticas costumeiras medievais — tendentes a resolver o problema da devolução voluntária da sucessão. Tal é o caso da *affatomia* e das *hereditariae*, do direito franco; do *thinx*, do direito lombardo; das *adfiliationes*, usadas em diversas regiões da Itália; e das *perfiliationes*, correntes na prática jurídica dos Reinos hispânicos da época da Reconquista cristã, após as invasões muçulmanas; e tal é também o caso das chamadas doações *post obitum*, conhecidas e largamente difundidas, quase por igual, em todos os países da Europa na Alta Idade Média.

Todos estes sucedâneos do testamento têm natureza contratual e têm por objeto regular, duma forma directa ou indirecta, no todo ou em parte, a sucessão dum dos contraentes, revestindo assim — de forma mais ostensiva ou de forma mais velada, segundo os casos — a natureza de verdadeiros pactos sucessórios. E é sabido que algumas dessas figuras jurídicas não desapareceram — antes continuaram a ter larga aceitação prática — depois do renascimento e difusão do testamento. Foi o que sucedeu, designadamente, com as doações *post obitum*, forma de contrato sucessório com a qual, aliás, se tinham fundido algumas das outras figuras jurídicas que indicámos, conhecidas pelo nome genérico de *adoptiones in hereditatem*.

Seria precipitado, no entanto, pretender encontrar nas doações *post obitum* ou em alguma das modalidades de *adoptio in hereditatem* a origem histórica exclusiva da instituição contratual, que vamos encontrar difundida em todos os países ocidentais da Europa, como figura jurídica pujante e de contornos bem definidos, a partir de fins do séc. XII e, sobretudo, a partir do séc. XIII.

As teses que se têm sustentado sobre as origens da instituição contratual nos direitos europeus da Baixa Idade Média pecam quase todas por essa preocupação de exclusividade, na medida em que pretendem fazê-la derivar concretamente das *adoptiones in hereditatem*, das cartas de enfeudação ou das doações *post obitum*, podendo dizer-se, por isso mesmo, que estamos em face dum problema histórico que se encontra ainda muito longe de ser esclarecido.

Em nosso entender, tudo quanto se pode afirmar, no estado actual das investigações, é que a instituição contratual, independentemente de qualquer filiação concreta, se generalizou com base em duas forças propulsoras fundamentais: em primeiro lugar, a ideia de que a sucessão se pode regular por meio de contrato — ideia fortemente enraizada, à custa da intensa divulgação obtida nos séculos anteriores pelas *adoptiones in hereditatem* e pela doação *post obitum*; e, em segundo lugar, o favor dispensado nesta época a todas as instituições jurídicas tendentes à manutenção da integridade do património familiar e à conservação dos bens nas famílias, através das gerações. Sob este último aspecto, a instituição contratual, tal como se apresenta em todos os países da Europa latina na Baixa Idade Média, pode considerar-se o produto dum ambiente social específico: do mesmo ambiente social que permitiu — não só em França, como na Itália, na Espanha e em Portugal — a proliferação de instituições jurídicas tendentes a evitar a desagregação do património familiar, como a *laudatio parentum*, o retracto familiar, a reserva hereditária, a regra *paterna paternis* ou direito de troncalidade e a regra da exclusão sucessória dos ascendentes relativamente aos bens de procedência familiar (*propres ne remontent*).

b) O que acabamos de dizer sobre a instituição contratual pode repetir-se, *mutatis mutandis*, dos pactos sucessórios renunciativos, acolhidos com a mais franca simpatia por todos os direitos costumeiros da Europa ocidental desde o séc. XII e, sobretudo, a partir do séc. XIII.

Também aqui parecem de rejeitar as teses exclusivistas, que pretendem filiar as renúncias a sucessão futura no direito germânico ou no direito feudal, ou que as consideram um simples resultado de práticas costumeiras. Tudo quanto de positivo se pode dizer, no estado actual das investigações, é que a aceitação generalizada das renúncias contratuais na baixa Idade Média encontrou sem dúvida o terreno preparado por certas instituições jurídicas dos séculos anteriores, como a exclusão sucessória das filhas dotadas; mas não contribuiu menos para a generalização desses pactos — tal como há pouco frisámos quanto à instituição contratual — o favor dispensado pela sociedade da época a todas as instituições jurídicas que favoreciam a conservação dos bens nas famílias.

4. Esta larga aceitação dada aos pactos sucessórios por todos os direitos costumeiros da Europa Ocidental nos séculos XII e XIII iria, no entanto, encontrar pela frente a tenaz resistência dum novo e importante acontecimento da história jurídica europeia da mesma época: o renascimento do direito romano; e do embate entre as práticas costumeiras e as novas idéias romanísticas iria justamente resultar um conjunto de soluções de compromisso que fixariam o rumo dos vários direitos europeus, nesta matéria, até ao fim do *Ancien Régime* e à elaboração dos códigos individualistas do século XIX.

Deve-se aos romanistas desta época, antes de mais nada — e conforme já atrás assinalámos —, a formulação do conceito de pacto sucessório, abrangendo nessa expressão, em termos gerais, todo e qualquer acordo sobre a sucessão duma pessoa viva. A eles se deve, igualmente, a classificação dos pactos sucessórios nas três categorias fundamentais que já devidamente caracterizámos: pactos aquisitivos ou *de succedendo*, pactos renunciativos ou *de non succedendo* e pactos sobre a sucessão dum terceiro ou *de hereditate tertii*. E a eles se deve ainda, finalmente, a constru-

ção duma teoria geral dos pactos sucessórios, que o velho direito romano nunca tinha chegado a elaborar.

Assenta essa teoria geral numa *regra*: a de que todos os pactos sobre a sucessão duma pessoa viva são, em princípio, proibidos e feridos de nulidade. E completa-se essa regra com *várias excepções*, ora apoiadas directamente nos textos romanos, ora impostas pela necessidade de transigir com as práticas costumeiras.

a) A *regra* de que os pactos sucessórios são, em princípio, proibidos e feridos de nulidade vão os romanistas desta época sobretudo buscá-la à famosa constituição *De quaestione*, do imperador Justiniano. Embora esta constituição se refira restrita e concretamente, conforme vimos, aos pactos de *hereditate tertii* — e não à instituição contractual, nem aos pactos renunciativos —, ela é sempre tomada agora pelos romanistas como uma proibição de ordem genérica de todos os pactos sucessórios. E a razão que nela se invoca — o facto de tais pactos implicarem um “votum mortis” e, portanto, um perigo para a vida do *de cuius* — é agora apresentada pelos romanistas como justificação da nulidade de todos os pactos sobre a sucessão duma pessoa viva.

Isto não os impede, porém, de citar outros textos e invocar outras razões para justificar concretamente a proibição das renúncias contratuais e dos pactos *de succedendo*. A nulidade das renúncias fundamentam-na eles, normalmente, no facto de serem contrários às normas de ordem pública; e a nulidade da instituição contractual, no facto de esta constituir uma condenável limitação à liberdade de testar.

b) I — No domínio das *excepções* a esta proibição genérica dos pactos sucessórios, são desde logo significativas as que os romanistas então aceitam a propósito dos pactos *de hereditate tertii*: — Alguns deixam-se influenciar pelas práticas costumeiras até ao ponto de sustentarem a validade, em termos amplos, de todos e quaisquer pactos sobre a sucessão dum terceiro, procurando apoiar-se no

texto romano, já nosso conhecido, que considera válida, sem reservas, a *societas omnium bonorum* (D. 17, 2, 3, 1). Mas a maior parte não vai tão longe: limita-se a aceitar como excepção ao princípio da nulidade destes pactos aquela que se acha consignada expressamente na constituição *De quaestione*, ou seja, que os pactos *de hereditate tertii* são válidos se o *de cuius* dá o seu consentimento e nele persevera até a morte.

II — No que respeita aos pactos *de succedendo*, condescendem os romanistas em admitir duas excepções à regra da proibição genérica dos pactos sucessórios. A primeira é a que respeita à validade do pacto conhecido pela denominação de *promessa de igualdade*, ou seja, o pacto pelo qual um ou ambos os pais prometem a um dos filhos não criar para os restantes uma situação de favor na respectiva sucessão. Este pacto, que era expressamente declarado nulo por uma constituição imperial romana do ano 259, mais tarde incluída no Código de Justiniano (C. 2, 3, 15), tinha depois sido considerado válido por uma constituição de fins do séc. IX ou começos do séc. X (886-912), do imperador bizantino Leão, o Filósofo (Nov. Leon. 19), que foi acrescentada, com outras novelas do mesmo imperador, às Novelas de Justiniano, nas versões medievais e modernas do *Corpus Iuris Civilis*. Os romanistas invocam agora essa constituição para sustentar que a *promessa de igualdade* não é abrangida pela proibição dos pactos sucessórios.

A segunda excepção é a que respeita à validade da *instituição contratual a título singular*, a que certos autores modernos dão o nome de *legado contratual*. Esta excepção à proibição genérica dos pactos *de succedendo* é introduzida por Bártolo (ad leg. 61, D. 45, 1) e representa, manifestamente, da parte deste eminente jurisconsulto, uma espécie de concessão às exigências resultantes das práticas costumeiras. Como a razão invocada para justificar a nulidade da instituição contratual é a da limitação que essa espécie de pacto impõe à liberdade de testar, Bártolo — logo seguido da generalidade dos romanistas da época — sustenta

que só devem ser feridas de nulidade as instituições contratuais de herdeiro, isto é, as instituições a título universal, mas não as instituições contratuais que incidem sobre uma *res singularis*, visto que estas não retiram totalmente ao *de cuius* a sua liberdade de testar.

III — Onde mais fortemente se verifica, porém, a impotência dos romanistas para resistir à simpatia generalizada obtida pelos pactos sucessórios nos direitos costumeiros medievais, é no que toca às renúncias a uma futura sucessão.

As razões romanísticas invocadas para justificar a nulidade destes pactos eram demasiado débeis para opor barreira à aceitação indiscutida que tinham na prática. E daí que os jurisconsultos da época, em vez de insistirem inútilmente na sua total rejeição, acabem por procurar antes encontrar expedientes capazes de validar as renúncias contratuais perante o próprio direito comum.

Um desses expedientes — que parece ter sido sugerido pela primeira vez pelo glosador Placentino — era o de fazer acompanhar de juramento a declaração do renunciante. Dado o geral respeito que merecia nesta época o juramento, estaria aí um meio fácil de dar validade a um acordo que se considerava, em princípio, proibido, tanto mais que esta espécie de pactos sucessórios não podia tão facilmente como as demais apodar-se de imoral ou de perigosa para a vida do *de cuius*.

Outro expediente — aconselhado pelo próprio Acúrsio na Glosa, depois de manifestar a sua discordância em relação ao juramento — era o de o pacto ser efectuado, não entre o renunciante e o *de cuius*, mas entre o renunciante e o beneficiário, intervindo o *de cuius* apenas para dar o seu consentimento (C. 6, 20, 3, gl. “*improbatur*”). O pacto deixava, desta forma, de ser uma renúncia contratual em sentido estricto, para passar a ser um pacto *de hereditate tertii*, válido dentro das condições previstas pela constituição *De questione*.

Este segundo expediente oferecia, contudo, o inconveniente de o *de cuius* poder retirar a todo o tempo o seu consentimento, ficando o pacto sem nenhum efeito. E, por esse motivo — e também pelo apoio que lhe davam os canonistas —, foi o expediente do juramento que obteve maior aceitação prática, acabando por obter expressa consagração numa decretal de 1299, do papa Bonifácio VIII — a famosa decretal *Quamvis* —, a propósito do caso concreto da renúncia das filhas dotadas à herança paterna, que era, de resto, o caso de longe mais frequente de pactos renunciativos (in VI.º, 1, 18, 2).

Estabeleceu, com efeito, essa decretal que, embora pela lei civil (isto é, pelo direito romano) seja nulo o pacto celebrado entre o pai e a filha dotada, em que esta, declarando-se satisfeita com o dote, renuncia à futura sucessão paterna, deve o mesmo pacto inteiramente observar-se (*omnino observari*), se fôr confirmado por um juramento prestado sem dolo nem violência, porque tal juramento não atenta contra a salvação eterna de quem o faz nem redundam em prejuízo de outrem (“cum non vergat in aeternae salutis spendium, nec redundet in alterius detrimentum”).

c) Não ficaram por aqui, no entanto, as concessões feitas pelos romanistas e pelos canonistas às práticas costumeiras favoráveis aos pactos sucessórios. Além destas diversas excepções, formuladas concretamente a propósito de cada um dos três tipos fundamentais de pactos sucessórios e integradas na respectiva teoria geral, acabaram os juristas do direito comum por admitir uma outra excepção de carácter genérico, que viria a ter muito maior vulto e significado do que qualquer das já apontadas: a da validade, em termos amplos, de tôdas e quaisquer convenções feitas nos contratos ante-nupciais, desde que não fôsem contrárias à moral nem às leis de ordem pública.

Sob a pressão das idéias nobiliárquicas e das práticas costumeiras, os jurisconsultos — mesmo os de mais arraigada formação romanística — viram-se obrigados a ceder progressivamente terreno neste ponto; e, nos começos do

séc. XVI, a aceitação generalizada dos pactos sucessórios nos contratos antenupciais tinha já adquirido foros de autêntico dogma jurídico em todos os países da Europa ocidental. Os contratos antenupciais, que revestiam ao tempo a natureza de verdadeiros pactos de família, eram o terreno ideal para a estipulação da mais variada gama de arranjos sucessórios tendentes a manter o lustre das famílias e a conservação da integridade das fortunas através das gerações. E, por isso mesmo, a hostilidade romanística aos pactos sucessórios rendia-se aqui totalmente perante o argumento do *favor matrimonii*, aceitando em termos gerais a validade dos pactos celebrados nesse momento pelos esposados entre si, ou entre êles e os seus familiares.

5. O quadro que acabamos de descrever foi o modelo a que se adaptaram — com diferenças de pormenor, de caso para caso — os sistemas jurídicos de quase todos os países onde o renascimento do direito romano encontrou pela frente a resistência de tradições costumeiras fortemente arraigadas. E Portugal não podia fazer excepção a essa regra.

Tal como noutros países da Europa, também em Portugal a história dos pactos sucessórios se vai desenrolar, desde o séc. XV até ao séc. XIX, dentro de dois mundos quase independentes: a um lado, uma teoria geral dos pactos sôbre sucessão futura, aplicável à generalidade dos casos, tomando como *regra* a respectiva condenação e admitindo algumas *excepções* a essa regra, concreta e taxativamente fixadas; a outro lado, constituindo um verdadeiro mundo à parte, o domínio das convenções matrimoniais, onde se permite a livre proliferação das mais diversas modalidades de pactos sucessórios, quer dos esposados entre si, quer dêstes com terceiros.

Analisemos, primeiramente, a posição tomada pelo direito português no domínio da teoria geral dos pactos sôbre sucessão futura:

a) Portugal foi sem dúvida o primeiro país da Europa cuja legislação geral tomou posição sôbre o problema da admissibilidade dos pactos sucessórios. Com efeito, já as Ordenações Afonsinas, em meados do séc. XV (1446), contêm duas leis referentes ao assunto (IV, 62,6), que depois seriam transcritas nas Ordenações Manuelinas, de 1521 (IV, 44, 2 e 3), e nas Filipinas, de 1603 (IV, 70, 3 e 4), mantendo-se assim em vigor até à promulgação do Código Civil, na segunda metade do séc. XIX. A primeira dessas duas leis condena os pactos *de succedendo* e *de hereditate tertii*; a segunda, condena em princípio os pactos renunciativos, mas considera-os válidos quando acompanhados de juramento.

I — A primeira lei refere separadamente o pacto em que “alguém promete a outrem fazê-lo herdeiro em parte ou no todo” e o “contrato sôbre a herança de algum vivente”; mas abrange-os numa condenação única, com o fundamento de que são “contratos torpes”, e de que “são contra o direito comum e reprovados por êle em tal guisa que não podem ser confirmados por juramento”.

Como a lei nada mais dizia senão isto, foram os jurisconsultos que tomaram a seu cargo fixar o verdadeiro sentido desta ampla proibição, admitindo desde logo uma importante excepção ao preceito legal quando aos pactos *de hereditate tertii*: êsses pactos seriam válidos dentro das condições previstas pela constituição *De quaestione* de Justiniano, isto é, tendo o *de cuius* dado o seu consentimento e nele perseverando até à morte. Como a lei fundamentava a proibição desses pactos no facto de serem contrários ao *direito comum*, era fácil aos nossos jurisconsultos invocar êsse mesmo *direito comum* para justificar uma tal excepção.

No que diz respeito à instituição contratual, os jurisconsultos portugueses tomavam a proibição legal bastante ao pé da letra, frisando que ela abrangia tanto a instituição na totalidade como numa quota parte da herança e que a instituição não deixaria de ser nula pelo facto de ser feita

em favor duma *pia causa*, ou de ser feita pelo pai em favor dos filhos, ou de revestir a natureza de instituição fideicomissária ou de instituição recíproca.

Levantavam dúvidas os nossos juristas, tão somente, quanto à validade da instituição contratual a título particular e quanto à validade da instituição feita em favor dum casamento certo e determinado, mas fora do contrato antenupcial. Quanto ao primeiro problema, as opiniões andaram sempre divididas, mas um importante sector da doutrina defendia, na esteira de Bártolo, que a instituição contratual sôbre uma *res singularis* não era abrangida pela proibição legal, pois não privava totalmente o instituidor da sua liberdade de testar. E quanto ao segundo problema, acabou por prevalecer a opinião de que a instituição contratual feita em favor de um ou ambos os esposados com vista ao seu casamento, assim como era lícita quando estipulada no próprio contrato antenupcial, igualmente o seria quando feita em acto à parte.

II — A lei referente aos pactos renunciativos prevê expressamente as duas hipóteses de o contrato ser feito entre o renunciante e o beneficiário ou entre o renunciante e o *de cuius* e declara que êsses contratos, embora sejam considerados “contra o direito” (isto é, contra o direito *romano*), podem no entanto ser confirmados por juramento, “por não serem tão reprovados como os outros”.

Na interpretação desta lei, porém, a maioria dos juriconsultos recusava-se a aceitar que o pacto renunciativo feito simplesmente entre o renunciante e o beneficiário pudesse ser confirmado por juramento. É que a renúncia, efectuada sob essa forma, revestia a natureza dum verdadeiro pacto *de hereditate tertii*, que já a lei anterior declarara nulo e insusceptível de confirmação por juramento. A única maneira de validar uma renúncia feita nessas condições seria a que se preconizava em geral para os pactos *de hereditate tertii*, ao abrigo da constituição *De quaestione*: dar o *de cuius* o seu consentimento e não voltar a tirá-lo

até à morte. Mas, respeitadas estas condições, o pacto seria válido, como qualquer outro pacto sôbre a herança dum terceiro, independentemente de ter sido ou não confirmado por juramento, devendo ter-se por supérflua a referência que nesse sentido se encontrava na lei.

A respeito da segunda hipótese figurada na lei, já a referência ao juramento era perfeitamente cabida: sendo a renúncia pactuada directamente entre o renunciante e o *de cuius*, a sua validade ficaria dependente do facto de ser acompanhada ou não de juramento.

Havia aqui manifesta influência, que a própria lei não ocultava, da doutrina da Decretal *Quamvis*, do papa Bonifácio VIII, a que já atrás nos referimos. Mas a lei portugueza sôbre as renúncias contratuais tinha um campo de aplicação mais vasto, pois não abrangia apenas a renúncia da filha dotada à sucessão paterna, como a famosa decretal de 1299, mas tôda e qualquer renúncia a uma sucessão futura, independentemente da contrapartida da concessão dum dote. Tal era designadamente o caso, muito frequente, da renúncia à herança paterna feita pelo filho ou filha por motivo duma profissão religiosa.

O que o nosso direito, em contrapartida nunca dispensou — ao contrário do que succedeu em certos direitos estrangeiros, como o direito francês — foi a exigência do juramento como condição *sine qua non* da validade da renúncia, tendo resultado vãs as tentativas de alguns juriconsultos para considerar supérfluo êsse requisito.

Em complemento da disposição legal, fixavam os juriconsultos portugueses várias regras acerca dos pactos renunciativos, que não diferiam, aliás, das perfilhadas pela doutrina estrangeira acerca do mesmo assunto. Assim: — à semelhança do disposto na decretal *Quamvis*, entendia-se que a renúncia seria nula se fôsse extorquida por meio de dolo, violência ou lesão; noutra ordem de considerações, entendia-se que, embora válida, a renúncia caducaria e ficaria sem nenhum efeito pela predefunção da pessoa em

cujo favor concretamente tivesse sido feita, ou pelo facto de o renunciante ter sido de novo chamado à sucessão pelo *de cuius*, ou pelo falecimento do renunciante em vida do *de cuius* deixando descendência, a menos que a declaração de renúncia tivesse sido feita por si e por seus descendentes; e, finalmente, reconhecia-se que a renúncia a uma sucessão não abrangia o direito a alimentos nem o direito que o renunciante pudesse ter a certos bens do *de cuius* a um outro título diferente da sucessão, ou por sucessão indirecta, através dum terceiro.

b) A teoria geral dos pactos sucessórios do antigo direito português, tal como acabamos de apresentá-la, iria sofrer uma séria tentativa de remodelação na segunda metade do séc. XVIII, que, no entanto, não foi coroada de êxito, apesar da grande autoridade do jurisconsulto que a lançou: o famoso professor da Universidade de Coimbra, Pascoal José de Melo Freire.

Seduzido pelas idéias de “*usus modernus pandectarum*”, francamente favoráveis aos pactos sucessórios, Melo Freire procurou defender a tese, verdadeiramente revolucionária, de que êsses pactos deviam ser admitidos sem quaisquer limitações: — Os pactos renunciativos e *de hereditati tertii* seriam sempre válidos, sem necessidade de se lhes acrescentar qualquer cláusula penal, ou qualquer consentimento do *de cuius*, ou qualquer juramento, pormenores que em seu entender nada acrescentavam nem diminuam ao accordo sucessório em si mesmo considerado; e os pactos *de succedendo* seriam igualmente válidos, sem quaisquer limitações, por serem completamente destituídas de sentido as razões invocadas contra êles pelo direito romano. Em todo o caso, êstes pactos *de succedendo*, dada a sua semelhança com os actos de última vontade, deveriam considerar-se livremente revogáveis pelo instituidor.

Melo Freire reconhecia que êste seu ponto de vista era contrário à letra expressa das nossas leis; mas resolvia a dificuldade considerando os respectivos preceitos revogados pela lei de 18 de Agôsto de 1769 — a mais tarde denominada

*Lei da Boa Razão* —, atendendo a que não tinham fundamento na *recta ratio* nem nas tradições pátrias, mas apenas em institutos privativos dos romanos.

c) Mas a nova tese, como é natural, não vingou. Se o “*usus modernus pandectarum*” favorecia os pactos sucessórios, o individualismo nascido da Revolução Francesa fazia soprar contra êles novos ventos adversos; e os nossos escritores da primeira metade do séc. XIX, na impossibilidade de condená-los em termos mais amplos, procuravam, ao menos, não consentir a sua generalização, agarrando-se aos textos das Ordenações para condenarem, com base neles, a doutrina propugnada por Melo Freire.

E assim, nas vésperas da promulgação do Código Civil, o direito vigente em Portugal acerca dos pactos sucessórios em geral era ainda o mesmo que os nossos velhos juriconsultos tinham fixado com base nas duas leis referentes ao assunto, contidas nas Ordenações: nulidade dos pactos *de succedendo*, excepção feita da instituição contratual em favor dum casamento certo e determinado; nulidade dos pactos *de hereditate tertii*, excepto dentro das condições concretamente previstas na lei *De quaestione* de Justiniano; e admissibilidade das renúncias contratuais, quando acompanhadas de juramento.

6. Para o efeito da celebração de pactos sucessórios, as convenções matrimoniais constituíam, como já dissemos, um mundo à parte. À semelhança do que sucedeu noutros direitos europeus, designadamente no direito francês, também no direito português se estabeleceu — desde data que não é possível precisar com segurança, mas, pelo menos, desde o séc. XVI — o verdadeiro dogma jurídico de que os princípios gerais referentes à proibição dos pactos sucessórios não tinham aplicação no domínio dos contratos antenupciais.

Os nossos antigos juriconsultos justificavam êsse ponto de vista com base no princípio da liberdade das convenções matrimoniais, que já as Ordenações Manuelinas, nos come-

ços do séc. XVI, expressamente estipulavam (IV, 7, pr.) e que as Ordenações Filipinas depois reproduziram (IV, 46, pr.).

Tal como êsse princípio se encontrava redigido nas Ordenações, é juridicamente muito duvidoso se poderia comportar uma interpretação tão lata; mas a verdade é que o argumento era aceite sem discrepâncias, pois permitia dar acolhimento a uma doutrina que gozava de franca simpatia e que, ainda para mais, se via defendida nas obras mais divulgadas da literatura jurídica estrangeira.

A partir de meados do séc. XVIII, os autores passaram também a invocar, como argumento em favor da mesma doutrina — ou até como sua confirmação — uma lei de 1761, onde expressamente se dizia que as mulheres, “como senhoras das suas Casas, podem estipular com seus respectivos esposos, assim para a vida como para a morte, as reservas e condições que bem lhes parecer, *como até agora se praticou sem a menor differença*” (lei de 17-VIII-1761, § 8.º).

A liberdade das convenções matrimoniais era, assim, aceite pela doutrina no mais amplo sentido, considerando-se válidas tôdas as estipulações e cláusulas que os esposados resolvessem convencionar, desde que não fossem offensivas dos bons costumes nem das leis de interesse e ordem pública; e, através dessa larga porta, dava-se livre ingresso nos contratos de casamento a uma grande variedade de pactos sucessórios, cuja validade, de outra forma, seria normalmente rejeitada.

Num ponto estavam de acôrdo ainda todos os juristas a respeito destes pactos sucessórios celebrados nas convenções matrimoniais: é que a sua eficácia — como, aliás, a do próprio contrato de que faziam parte integrante — ficava dependente da válida celebração do casamento na previsão do qual a convenção havia sido efectuada. Caducavam, portanto, se êsse casamento não chegasse a efectuar-se ou se viesse a ser declarado nulo.

Vejam os quais eram os principais exemplos de pactos sucessórios praticados nas convenções antenuptiais:

a) Um dos mais frequentes era o da instituição contratual, quer a título universal quer a título particular, feita por um dos esposados em favor do outro ou por ambos reciprocamente.

Normalmente, estes pactos eram recíprocos, a título universal, e feitos sob a condição de não haver descendentes do casamento no momento da sua dissolução. Mas os autores acentuavam que seriam igualmente válidos quando feitos apenas por um dos esposados em favor do outro e quando incidissem sobre bens certos e determinados (legado contratual). Também não era forçoso fazê-los depender da condição da inexistência de descendentes, cuja legítima, aliás, não tinha então sequer que ser respeitada. É que a sucessão dos descendentes do casal, verdadeiramente, não ficava *prejudicada* com este pacto; ficava simplesmente *adiada* para o momento da morte do cônjuge sobrevivente. O que tinha de respeitar-se, evidentemente, era a legítima dos descendentes de anterior matrimônio e a legítima dos ascendentes do instituidor.

b) Frequente era também a instituição contratual feita no contrato de matrimônio, não já pelos esposados em favor um do outro, mas por parentes ou por terceiros em seu benefício. Tal como a anterior, podia ser a título universal ou incidir sobre uma *res singularis*; mas, diferentemente dela, tinha de respeitar sempre na íntegra os direitos dos herdeiros legitimários do instituidor.

c) Menos vulgar, mas considerada também pelos autores como inteiramente válida, era a instituição contratual feita pelos esposados em favor de terceiros. Era usada esta modalidade de pacto sucessório, quer para dispor em favor de terceiros da totalidade da sucessão, na previsão de o casamento se dissolver sem descendência, quer para beneficiar terceiros por conta da quota disponível. Duma maneira ou de outra, o contrato não podia ferir os direitos dos herdeiros legitimários do instituidor.

Embora os autores sejam pouco explícitos a êsse respeito, parece que, nesta modalidade de pactos, se a instituição era feita em favor de pessoas indeterminadas (por exemplo, os *parentes*, em geral, ou os *herdeiros legítimos*, sem especificação), ou em favor de pessoas determinadas que não intervinham no acto, tinha valor puramente testamentário; e só revestiria natureza contratual e irrevogável sendo feita em favor de pessoas certas e determinadas que tinham intervindo no contrato matrimonial e nele dado a sua aceitação.

d) Todas estas modalidades de instituição contratual feitas nas convenções matrimoniais, quer pelos esposados entre si, quer por terceiros em favor dos esposados, quer pelos esposados em favor de terceiros, eram frequentemente acompanhadas de substituições fideicomissárias ou de substituições vulgares, que constituíam, assim, mais uma categoria de pactos sucessórios, cuja licitude, neste domínio, ninguém punha em dúvida: a das *substituições contratuais*.

Eram utilizadas, fundamentalmente, para beneficiar os descendentes dos instituídos, atribuindo-lhes o direito de suceder a êstes (substituição fideicomissária) ou o direito de suceder directamente ao instituidor, no caso de o instituido morrer antes dele (substituição vulgar).

Na instituição contratual feita por terceiros em favor dos esposados pressupunha-se, mesmo, existente uma substituição vulgar tácita, em favor dos descendentes nascidos do casamento em vista do qual a instituição tinha sido feita. Dêste modo, a instituição não caducaria pelo simples predecesso do instituído, entendendo-se que beneficiariam directamente dela, nesse caso, os respectivos descendentes.

e) Outro pacto a que fazem referência os nossos antigos jurisconsultos é a *promessa de igualdade* ou *pacto “de non meliorando”*, que consistia na promessa feita pelo pai, no contrato de casamento dum dos filhos, de não utilizar a sua quota disponível em favor de nenhum dos restantes.

Esta promessa podia apresentar-se sob a forma duma instituição contratual feita pelo pai, por ocasião do casamento dum filho, em favor de todos os filhos por igual. Mas, normalmente, tal não sucedia. A promessa era simplesmente a de não melhorar os restantes filhos, o que, portanto, não impedia o declarante de utilizar a sua quota disponível em favor do próprio filho-promissário, ou para realizar legados pios.

f) Muito correntes também entre nós eram os pactos tendentes a evitar que, por via do casamento, se operasse uma *mudança de linha familiar* dos bens próprios de cada um dos cônjuges.

Podiam revestir duas modalidades: na primeira, os esposados estipulavam excluir-se reciprocamente na sucessão um do outro; na segunda, estipulavam que cada um deles e seus parentes ficariam excluídos da sucessão nos bens que um descendente comum houvesse herdado do outro.

A primeira modalidade raro se utilizava isoladamente, o que bem se compreende se nos lembrarmos de que a exclusão sucessória recíproca dos cônjuges, por si mesma, oferecia um diminuto interesse prático, pois na ordem da sucessão legítima o cônjuge sobrevivente só era chamado a suceder na falta de parentes colaterais até o 10.º grau do cômputo romano (Ord. Af. IV, 95, 1; Man. IV, 69; e Fil. IV, 94).

O mesmo se não pode dizer da segunda modalidade, que tinha, essa sim, um grande alcance prático, equivalendo a uma estipulação pactícia da regra *paterna paternis, materna maternis* ou direito de troncalidade. É preciso acen-tuar que a regra *paterna parternis* ou direito de troncalidade — que o direito costumeiro francês conheceu até ao fim do *Ancien Régime* e que o direito espanhol, em certas regiões de direito foraleiro, conservou até aos nossos dias — não se manteve por muito tempo no direito português. Conhecida e bastante praticada no nosso direito medieval, foi das primeiras regras costumeiras a ceder perante o individualismo do direito romano renascido. Ainda há ves-

tigios dela na legislação dos nossos primeiros monarcas; mas a primeira codificação geral portuguesa — as Ordenações Afonsinas — em meados do séc. XV, já não lhe dá a mínima aceitação.

Ora, apesar de banida da legislação, a ideia da conservação dos bens próprios no ramo familiar da sua procedência continuou sempre a merecer simpatias, não só nas classes nobres como nas próprias classes populares; e, daí, a frequência com que se estabelecia, nas convenções matrimoniais, que cada um dos cônjuges e seus parentes não poderiam suceder nos bens que um descendente comum houvesse recebido por sucessão do outro.

g) Finalmente, era também nos contratos antenupciais que mais largamente se praticavam os pactos renunciativos, sob a forma duma renúncia da filha dotada à legítima paterna.

As renúncias a uma sucessão não aberta, conforme já dissemos, eram admitidas pelo nosso direito em termos gerais, desde que acompanhadas de juramento; mas era a propósito do casamento das filhas, e em contrapartida dum dote, que tinham mais frequente aplicação. Ao contrário, porém do que sucedeu em certos direitos estrangeiros, designadamente no direito francês, os nossos juristas entendiam que, mesmo nesse caso, era necessário sempre serem acompanhadas de juramento para serem consideradas válidas.

7. Esta ampla liberdade de estipulação de pactos sucessórios nos contratos antenupciais manteve-se no direito português até a promulgação do Código Civil, em 1867, que, neste aspecto como em tantos outros, seguiu quase fielmente o modelo do Código de Napoleão.

Como é sabido, o direito intermediário, em França, condenou totalmente os pactos sucessórios, pela famosa lei de 17 de Nivose do ano II, admitindo como única excepção a do pacto de *hereditate tertii* dentro das condições previstas na constituição *De quaestione*, de Justiniano. Mas o Có-

digo de Napoleão de 1804 teve de condescender algum tanto com a tradição; e, embora mantendo viva a hostilidade de princípio contra todos os pactos sobre sucessão futura, deixou sobreviver as instituições contratuais, sob a forma de “donations de biens à venir”, quando celebradas no “contrat de mariage”, banindo, porém, duma vez para sempre, os pactos renunciativos e os pactos *de hereditate tertii*.

A posição assim tomada pelo Código Civil francês foi a que serviu de padrão às codificações liberais da generalidade dos países latinos, com excepção do Código italiano de 1865, que tomou uma posição de total intransigência contra a sucessão contratual, mantida, aliás, no Código de 1942. O Código Civil português, neste aspecto, é dos que mais de perto seguem o modelo napoleónico. Tal como o Código francês, condena *in limine* os pactos renunciativos e os pactos *de hereditate tertii* (art. 2042.º); e admite, a título excepcional, as instituições contratuais, sob a forma de *doações “mortis causa” para casamento* (arts. 1166 e segs.; e 1175 e segs.). A única diferença sensível, em relação ao regime francês, reside em que, no Código de Napoleão, a “donation de biens à venir” só é válida se for celebrada no “contrat de mariage”, ao passo que, entre nós, essa exigência só diz respeito às doações feitas pelos esposados, um em favor do outro (art. 1166.º). Se é feita por terceiros em favor dos esposados, tanto pode ser celebrada no contrato antenupcial como em acto à parte, (art. 1175.º)

Referirei ainda, para terminar, que os modernos civilistas portugueses estão longe de mostrar pelos pactos sucessórios uma hostilidade tão marcada como aquela a que o Código Civil deu consagração legislativa. E é possível que o novo Código Civil português, cuja elaboração está prestes a ser concluída, venha alargar de novo a admissibilidade dos pactos sobre sucessão futura, embora dentro do campo restrito — que hoje parece definitivamente fixado nos direitos dos povos latinos — dos contratos antenupciais.

# Lei geral de aplicação das normas jurídicas\*.

*Haroldo Valladão.*

Catedrático de Direito Internacional Privado  
na Faculdade Nacional de Direito.

## Método e orientação geral.

O método que adotei no *Anteprojeto* para a formulação dos textos foi o de estabelecer soluções justas, equitativas e brasileiras, acompanhando os grandes progressos contemporâneos, com a diretriz de meus trabalhos jurídicos, de democratização, humanização e socialização do direito a fim de que êste atenda ao interêsse de todos e não ao de alguns ou de pequenos grupos, ampliando-se, cada vez mais, para proteger os fracos, os humildes, os que ainda estão na periferia de nossa ordem jurídica (H. VALLADÃO, *Democratização e Socialização do Direito Internacional*, 1961 em português e 1962 em francês, *Desenvolvimento Econômico e Social em Forma Jurídica*, 1962 e *Aos Juristas do Desenvolvimento*, 1963).

Destarte a minha preocupação não foi a de estabelecer regras absolutas, de extremo rigor lógico, que podem ser muito elegantes mas levam, tantas vêzes, a resultados iníquos, desumanos.

Para cada problema procuro, desde logo, tomar seus pontos cardeais: *verticalmente*, vejo as soluções apresentadas através da história, em especial do direito pátrio, *horizontalmente*, considero, no plano do direito comparado, as

---

\* O autor dêste artigo elaborou o Anteprojeto Oficial de Reforma da Lei de Introdução do Código Civil.

medidas adotadas noutros países pelos estrangeiros que são nossos pósteros no espaço, *superiormente*, procuro a fundamentação filosófica, moral, e mesmo jusnaturalística, e, *realisticamente*, levo em conta as experiências que todos encontramos nas decisões dos tribunais, na jurisprudência que é a tábua de logaritmos dos juristas e, também na prática do povo e das autoridades, e, ainda nos fatores sociais e econômicos.

Em coroamento final atendo ao *espírito democrático*, pelo qual a lei não é feita no interesse dos seus autores ou aplicadores mas para a felicidade do povo que a vai observar.

Feita a opção, adotada a norma, a redação exige numerosas e sucessivas fórmulas, e, de regra, se mantenho o princípio, conservo a mesma redação, evito sempre criar novas expressões para dizer as mesmas coisas por uma questão de originalidade ou de gosto literário. Seria criar problemas de instabilidade jurídico-social, com dúvidas de interpretação, a exigir, quem sabe, para devida compreensão um vocabulário preliminar à lei, segundo fazem diplomas ingleses e norte-americanos.

Um Código ou uma lei não pode ser um tratado integral de lógica ou de ciência jurídica. Constitui um guia, um roteiro para o povo e as autoridades na estrada da justiça, fundado na experiência, orientado pelo progresso, apontando marcos e encruzilhadas da planície, mas, também, salientando pontes, túneis e precipícios e, mesmo avisando das curvas e desvios necessários.

E daí textos que representam simples compromissos, preceitos incapazes de ser generalizados, soluções que precisam ser incompletas e omissões que devem permanecer, pois a opção ainda não pôde ser definitiva e há de ser deixada à jurisprudência e à prática, mais próximas da vida.

Consagrei à feitura da presente Lei Geral um ano de trabalhos e, principalmente, em dias e horas retirados do tempo que deveria repousar pois não deixei de dar minhas

aulas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, na Faculdade de Direito da PUC e no Instituto Rio Branco, e de exercer as funções do cargo de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

Realisei-o no mesmo propósito de servir, desinteressadamente, ao Brasil, sem aceitar qualquer remuneração, com que o saudoso Ministro ALFREDO VALLADÃO organizou os Projetos de Código das Águas de 1907 e de 1933, e com que projetei em 1933 as Leis de Entrada e Expulsão de estrangeiros, Naturalização e Cooperação Internacional nos Processos Criminais (Extradicação), como Relator da 15.<sup>a</sup> Sub-Comissão Legislativa (Dec. 19459, de 6/12/1930, art. 1.<sup>o</sup>, § 3.<sup>o</sup>).

O anteprojeto considerou as tradições brasileiras, o direito reinicola, imperial e republicano até os nossos dias, e no direito comparado, Códigos e leis de todos os principais países, atualizados, até os mais recentes, pós-guerra, do Egito, 1948, Síria, 1949, Filipinas, 1951, da Etiópia, organizado por professores da Faculdade de Direito de Paris, 1960, Bases da Legislação Civil Russa, 1960, Projeto francês de 1950 e Projetos de Leis de Direito Internacional Privado, de Portugal, 1951, da Polônia, 1961 e da Venezuela, 1963.

Entre as principais inovações da Lei Geral que é profundamente democrática destacam-se a publicação imediata das leis pela ordem da promulgação; a sua ampla distribuição em avulsos no Brasil e no exterior; a sua vigência também na plataforma continental; a sua revogação por força de costume ou desuso, geral e contínuo, confirmado pela jurisprudência, permitindo participação direta do povo no progresso jurídico; a admissão da escusa de sua ignorância por parte de indivíduos rústicos, habitando longe dos núcleos urbanos; a uniformização da jurisprudência através de Resoluções do Supremo Tribunal Federal; a interpretação na base do bem comum, da justiça social e da equidade; a condenação do abuso do direito, quer por ação, quer por omissão, não sendo mais “protegido o direito que fôr ou deixar de ser exercido, em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou antisocial” (art. 11).

Em matéria de direito internacional privado o Anteprojecto deixou de lado os critérios simplistas e superados, de lei nacional ou de lei de domicílio, sistemáticamente para grandes grupos de relações jurídicas; disciplinou-as em categorias mais restritas, buscando outros critérios menos lógicos porém mais justos, eqüitativos, práticos e efectivos, da lei da residência habitual, da lei da situação principalmente dos imóveis, regendo pela lei brasileira a successão quanto aos aqui situados, da lei do lugar da execução, da lei mais favorável aos atos, ao filho, ao incapaz, ao alimentando, etc., da lei brasileira em defesa dos interesses do país e dos brasileiros etc..

A propósito do direito intertemporal o *Anteprojecto* estava limitado pelo preceito constitucional, que é a forma brasileira da não retroatividade, do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Mas regulou os problemas dos atos complexos, iniciados e não completados, dos prazos em curso, etc.. Finalmente sôbre a computação dos prazos uniformizou critérios tradicionais, que estavam, às vêzes, tumultuados, em diversas leis civis, processuais, administrativas.

Agradeço profundamente a Deus o me ter permitido oferecer ao meu país, e, particularmente, aos meus colegas, juristas brasileiros de tôdas as categorias, e aos meus alunos, de tôdas as épocas, essa modesta contribuição buscando, na medida de minhas fôrças, o progresso do direito pátrio.

Espero e agradeço a colaboração de todos os brasileiros, juristas ou não, para o aperfeiçoamento do *Anteprojecto* desta Lei Geral, que a todos interessa.

Termino, pois, pedindo ao insigne FREITAS para a presente Lei, a democrática divisa de seu Esbôço: “*quod omnes latangit, ab omnibus debet approbari*”.

### Denominação da nova lei.

1. O Projeto abandona o título antigamente adotado, no assunto, *Introdução* (1916) ou *Lei de Introdução* (1942) do Código Civil, que não corresponde, em absoluto, à realidade, pois os respectivos textos se referem, indiscutivelmente à *aplicação de tôdas as leis* e não apenas a uma lei, à que promulga o Código Civil.

Fôra influência germânica no Projeto *Beviláqua*, com a simples tradução do título: *Einführungsgesetze zum Burgerlichen Gesetzbuch von 18 August 1896, Lei de Introdução ao Código Civil, de 18 de agosto de 1896* da Alemanha, lei pois, restrita àquele Código Civil, quer no seu título; quer nos seus textos que, em grande maioria se referem, *nominalmente*, ao mesmo Código.

Apresentou orientação singular, diversa da seguida noutros países e no Brasil.

O Código Napoleão, 1804, abriu-se com um *Titre Preliminaire*, assim denominado: *De la publication, des effets et de l'application des lois en général* e não se refere ao Código Civil mas às leis em geral. Essa diretriz foi a seguida no Século XIX nos Códigos dos países que o adotaram ou seguiram ou sofreram influência daquele Código, salvo a Holanda, assim: Luxemburgo e Cantão de Genebra, 1804, Bélgica, 1807, Polônia, 1808, Luisiânia, 1808-1825, Grão Ducado de Baden, 1809, Cantão de Vaud, 1819, Haiti 1825, Bolívia, 1831, Sardenha, 1837, Costa Rica, 1841 e 1887, República Dominicana, 1845, Ilhas Jonias, 1841, Estados D'Este, 1851, Cantão de Valois, 1852, Cantão de Neuchâtel, 1854, Rumânia, 1864, Mônaco, 1881, Espanha, 1889. . Confirmando o *Título Preliminar* com outra expressão, *De la Ley y sus Efectos, con las reglas generales de su aplicación*, aparece o Código da Venezuela de 1862 até o último, de 1942, repetido pelo do México de 1870, de Honduras de 1898, de Porto-Rico, 1902 e 1930; prolixamente, do Baixo-Canadá (Quebec), de 1865, *De la promulgation, de la Distribution*,

*de l'Effet, de l' Application, de l'Interpretation et de l'Execution de Lois en Général*, e de maneira reduzida, um dos mais recentes Códigos, o das Filipinas, de 1951, *Effect and Application of Laws*.

O Código do Chile, 1855, mantendo o *Título Preliminar* distribue-o em seis §§ sobre a Lei, Promulgação, Efeitos, Interpretação, Definição de vocábulos e Derrogação, critério adotado em alguns dos Códigos que o seguiram no Pacífico e nos Andes, Cundinamarca de 1849, Equador e Salvador, de 1860, Colômbia de 1873, Honduras de 1906.

Ainda com um “Título Preliminar” mas de modo sintético encontramos o Código Civil do Peru de 1851, *De las Leyes en General*, seguida pelo da Guatemala, 1877; essa fórmula seria ainda abreviada num título, do Código do Uruguai, 1868, *De Las Leyes*, adotado no da Argentina, 1869, e no do Montenegro, 1881.

O Código da Áustria de 1811 abria-se com uma *Introdução Das Leis em Geral*, adotada pelo da Sérvia, de 1844, mui diverso, pois, da *Lei de Introdução do Código Civil alemão*.

Já o Código Civil da Itália de 1865 *destacara a matéria do próprio Código*, não fazendo dela um título do mesmo mas dando-lhe autonomia e precedência, promulgados que foram: “Il Codice Civile e le *Disposizione* sul la pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle *Leggi in generale che lo precedono*”, Decreto 2358, de 25/6/1865, diretriz mantida no novo Código, de 1942, Decreto Real n.º 242, de 16/5/1942.

Ño sentido, assim, da autonomia completa da matéria, fôra a Lei da Holanda, de 15 de maio de 1829, contendo *Disposições Gerais sobre a legislação* do Reino, que entrou em vigor em 1838 com os novos Códigos Civil e Comercial. Também o Japão, ao adotar o seu Código Civil, Lei n.º 9, de 1898, promulgou na mesma data, uma *Lei*, autônoma, Lei n.º 10, chamada *Horei*, concernente à *Aplicação das Leis*. Afinal, o Estado da Cidade do Vaticano com a *Lei*

*sobre as Fontes do Direito*, de 8 de junho de 1929. E o mais recente dos Códigos Civis, o da Etiópia, de 1960, que teve como principal redator o Professor RENÉ DAVID, deixou toda a matéria para uma lei autônoma, especial, não apresentando mesmo qualquer título preliminar ou introdução.

Exclusivamente sobre Direito Internacional Privado citam-se as leis autônomas, Federal Suíça, de 25 de junho de 1891, da China, de 5 de agosto de 1918, Fa lu che yong T'ao Li, da Polônia, de 2 de agosto de 1926, do Sião de 10 de março de 1939 Lei sobre Conflito de Leis, do Uruguai, 10084, de 3 de dezembro de 1941 (lei a ser incluída no final do Código), da Tcheco-Eslováquia, de 11 de março de 1948.

No trabalho de reforma do Código Civil francês, 1945-1950, uma Sub-Comissão, mantendo a tradição do Código de 1804, aprovou esquema não dum Título mas dum *Livro Preliminar*, com o Título I, Das Fontes do Direito, dos Conflitos de Leis no Tempo, *Capítulo 1, Das Fontes* abrangendo: Teoria do Direito: Publicação, abrogação, Disposições Regulamentares, Costume e Função do Juiz na ausência de lei e do costume e o Capítulo 2, *os referidos Conflitos*. Em separado aprovou-se um Projeto de Lei em matéria de *Direito Internacional Privado*, sobre Condição de Estrangeiro e os diversos tipos de Conflitos, de Leis, de Autoridades e de Jurisdições, com 114 artigos.

O Código Civil do Egito, 1948, abre-se com um grande Capítulo *Preliminar*, Disposições Gerais, Seção I, Leis e sua aplicação, 1, Leis e Decretos, 2, Aplicação das Leis, Conflitos de Leis no Tempo e Conflitos das Leis no Espaço. Já no da Grécia, de 1940-1946, figura um Livro I, Princípios Gerais, Seção I, as regras de direito em geral e Seção II, Direito Internacional Privado.

Nas Bases da Legislação Civil da União Soviética e Repúblicas Federadas, tomou-se diretriz singular antes seguida pelo Código Civil da Suíça de 1907 (e o da Turquia de 1927, que o adotou) de tratar de Direito Internacional Privado no fim do Código e, assim, a U.R.S.S. o fez na Seção VII

daquelas Bases com o Título da *Capacidade Jurídica dos Estrangeiros e Condições de aplicação das leis civis dos países estrangeiros*.

Finalmente na Polônia foi publicado, em 1961, para receber sugestões, um Projeto de Lei de Direito Internacional Privado, com 30 artigos e na Venezuela, em 1963, um Projeto de Lei de Normas de Direito Internacional Privado.

Sente-se nessa exposição histórica e comparativa que as matérias, objeto do presente Projeto, *representando disposições gerais sobre a Aplicação das Leis* devem estar fora do Código Civil, constituem assunto autônomo, qual vem sendo adotado nas legislações de vários povos, mantendo-se só por tradição ressequida em formas sem a mínima expressão real, Título ou Capítulo ou Lei com as denominações: *Preliminar, Introdução, Lei de Introdução*.

2. No Brasil, FREITAS abriu o Esbôço, 1860, com um Título Preliminar, Do Lugar e do Tempo, mas a seguir, quando pleiteou a sua grande reforma, 1867, propôs ao lado do Código Civil unificado, civil e comercial, um *Código Geral* que “dominará a legislação inteira”, abrangendo “matérias superiores a todos os ramos da legislação”, “sobre as leis em geral, sua publicação e aplicação”, “regras de interpretação”, “providências sobre computação de prazos”.

E exclamou com tôda procedência: “E se tais disposições são extensivas às leis de tôdas as espécies como negar que estão impròpriamente em um dos códigos?”

Não há, pois, como inclui-los nem no corpo, nem como preliminar ou introdução de um dos Códigos.

Ou outros Projetos, *Nabuco*, 1873, e *Felicio dos Santos* 1884, mantiveram *Título Preliminar*, o segundo nestes termos: Da publicação, efeitos e aplicação das leis em geral, dividido o Capítulo II, dos Efeitos, em Seção I. quanto ao tempo, e Seção II, ... quanto ao espaço, o de COELHO RODRIGUES optou por “Lei Preliminar do Código Civil — Da Publicação da lei e dos seus efeitos quanto ao tempo, ao espaço e ao seu objeto”, que *não incorporava* ao Código

mas dêle *excluída* no exemplo da Holanda e da Itália (*Exposição de Motivos*, p. 10 e 47), e, finalmente, o de CLOVIS BEVILAQUA, adotando a técnica alemã, da *Lei de Introdução ao Código Civil*, logo combatida por DUARTE DE AZEVEDO, COELHO RODRIGUES e outros (*Trab. Com. Espec.*, II/13 e 258), reconhecendo BEVILAQUA, em defesa, que “êsse título preliminar ou lei de introdução não é parte integrante do Código” (*Trab. Com. Espec.*, II/127).

Ainda na Câmara e no Senado continuaram as críticas àquele ponto de vista. Assim no parecer da Comissão Especial da Câmara, de 1901, o saudoso professor AZEVEDO MARQUES se referia ao assunto como “uma lei especial fora do corpo do Código” (*Cód. Civ. Br.* — Trab. Elaboração, II/761); e na discussão ali dizia ANDRADE FIGUEIRA: “em lei especial e não no Código”, “convém separar do Código tudo que não seja privativo” (*Trab. Com. Espec.* IV, 6 e 21) e no parecer final, de 1902, SYLVIO ROMERO falava sobre uma Lei Preliminar ao Código, “alheia ao contexto intrínseco do Código” (*Trab. Com. Espec.*, III, 31). RUY BARBOSA, no Senado, após mostrar que a Lei de Introdução ao Cód. Civil da Alemanha se *refere sempre* a “Êste Código”, o que não era possível nos textos propostos, fulminou-a com estas palavras: “Tão longe está ela, naquele país, de constituir com o Código um só corpo, que teve promulgação diversa apesar de se fazer na mesma data. E tão pouca significação, por êsse lado, tem o seu nome de lei *introdutória* ou lei de *introdução*, que em vez de preceder o Código Civil, lhe é subsequente”. E a Comissão Especial do Senado, em sessão de 1.º de setembro, 1912, aceitando tal observação, mandou colocar o título inicial “Código Civil”, *após* os textos da *Lei Preliminar*. A emenda ficou sem objeto pela aprovação doutra, que foi adotada em sessão de 16 de dezembro de 1912 (*Anaes Senado*, p. 51), de FELICIANO PENA, substituindo-se “Lei Preliminar” por Introdução”.

Mas a doutrina brasileira voltou a FREITAS, no sentido da autonomia da matéria, a ser objeto de lei própria, a parte do Código Civil. Assim desde logo o próprio CLOVIS BEVI-

LAQUA (*Cód. Civil Com*, I, 86), seguido por PAULO DE LACERDA (“não faz parte, pròpriamente, do Código”, *Manual do Código Civil*, I, p. 1.<sup>a</sup>, p. 57), MATOS PEIXOTO (*Rev. For.* 77, p. 5 e ss.) e pelos próprios autores, Ministros OROZIMBO NONATO, PHILADELPHO AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, da atual *Lei de Introdução* do Código Civil, que, aliás, no entender da Comissão, “não deve *continuar a fazer parte do mesmo Código, com o qual não guarda ligação necessária*. Além disso, entre as matérias de que se ocupa a chamada Lei de Introdução, está a da aplicação das leis no espaço, oferecendo perspectivas de desenvolvimento ulteriores, independentemente das transformações nos institutos civis, o que aconselha dela se forme lei especial, como sugeria DEMOGUE, a propósito dos trabalhos de reforma do Código Civil Argentino, em artigo publicado na contribuição da Universidade de La Plata àquela reforma” (*Arq. Min. Just. Neg. In.*, I, p. 46 e 7).

E, afinal, no mesmo sentido, os principais comentadores da atual Lei de Introdução (SERPA LOPES, I, n. 1; EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, I, p. 10: “nenhuma regra existe para considerar-se uma Lei de Introdução ao *Código Civil*, quando é verdadeiramente, o diploma de aplicação, no tempo e no espaço, de tôdas as leis brasileiras”; OSCAR TENÓRIO, n.º 6; WILSON BATALHA, v. I, n.º 6, etc.). Escrevemos, mesmo, a respeito: “Terá de ser um diploma autônomo e amplo, uma *Lei Geral*, independente, *sôbre as Fontes do Direito*, com as respectivas normas básicas, de grande relevância especialmente num Estado de organização federativa, qual o Brasil, versando a hierarquia, vigência e territorialidade, hermenêutica, direito internacional privado, direito intertemporal...” (A Lei de Introdução ao Código Civil e sua Reforma, Congresso Nacional de Direito de Fortaleza, em fascículo, 1959, e em tôdas as revistas de direito do Brasil, de 1959 a 1960). JOSÉ FREDERICO MARQUES mostra como princípios da atual Lei de Introdução aplicam-se até à lei penal (*Dir. Penal*, I, p. 147).

Doutra parte a distribuição das matérias do direito civil no currículo das Faculdades de Direito *exclui* todos os assuntos versados na Introdução, começando pela Parte Geral do Código (*Regim. Fac. Nac. Direito*, art. 5.º) e os últimos livros do direito civil, dos Professôres ORLANDO GOMES e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO procedem do mesmo modo.

Por tudo isto preferimos denominar o Projeto: *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, abrangendo, com grande desenvolvimento, os assuntos que vem sendo disciplinados na Introdução, 1916, e na atual Lei de Introdução, 1942, do Código Civil e outros anunciados.

Era aliás a forma adotada na primitiva distribuição das matérias dos Códigos e leis ora em reforma.

3. O Anteprojeto de Lei Geral, apresentado, se divide em seis Capítulos, I, Disposições Gerais sôbre a Lei e outras normas jurídicas (Promulgação, Publicação, Vigência espacial, pessoal e temporal, Revogação, Conhecimento da lei e escusa, Fontes Subsidiárias, Hierarquia, Interpretação, Condenação do Abuso de Direito e Ordem Pública); II, Disposições sôbre Tratados e Convenções Internacionais e Decretos e Regulamentos; III, Disposições sôbre Direito Internacional Privado; IV, Disposições sôbre Direito Intertemporal; V, Disposições sôbre Computação de Prazos; VI, Disposições Finais.

# Preservação da liberdade no anteprojeto de Código de Processo Penal.

*Basileu Garcia*

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

1. O anteprojeto de autoria do Prof. HÉLIO TORNAGHI constitui uma cuidadosa revisão do Código vigente, que lhe serviu de estrutura. Houve, porém, transformações profundas, de modo geral boas, e muitas excelentes. Acha-se redigido com propriedade. A matéria está sistematizada com apuro e até com certo requinte professoral, como se observa na abundância dos conceitos, que chegam a ultrapassar o necessário. Tal abundância, porém, *non nocet*, e prefiro não apontar o que me parece demasiado, porque, no conjunto, a orientação satisfaz, e seria impertinência referir nugas que a revisão do próprio autor será a primeira a encontrar.

Alega-se que a ação penal, nesse anteprojeto, continuará vagarosa no Brasil. Entretanto, não se devem esperar das leis processuais soluções miraculosas quanto à celeridade, interesse que não se sobrepõe ao da segurança. Possivelmente, haverá ritos mais eficientes que os do anteprojeto, mas êle representa um grande progresso. Cumpre não esquecer que uma tarefa paralela compete às leis de organização judiciária, que devem ser aperfeiçoadas de maneira a dotar a Justiça criminal no Brasil de um aparelhamento eficaz na luta contra o crime.

A apreciação que vou fazer é restrita. Cinge-se ao setor alusivo à coerção processual sôbre pessoas e apanhará apenas o que se me afigurou mais digno de nota numa palestra em tempo limitado.

2. Partindo do art. 441, observo inicialmente a falta de um conceito de prisão provisória. Não porque sejam indispensáveis os conceitos na lei, mas porque, omitindo-o, o anteprojeto excetua no seu plano, pródigo como é em conceituações e definições.

Prisão provisória é expressão que designa tôdas as formas de prisão preventiva *lato sensu*, inclusive, portanto, a prisão decorrente de pronúncia ou de condenação sem trânsito em julgado.

A rubrica “prisão provisória”, colocada na secção I, Capítulo III do Título VII, abrange, porém, três temas: 1.º, disposições gerais; 2.º, prisão em flagrante; 3.º, prisão preventiva, ficando assim excluída a prisão em virtude de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível.

Quanto à decorrente de pronúncia, lê-se, bem mais adiante, no art. 596, que “a sentença de pronúncia acarreta a prisão provisória do acusado”. Quanto à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, consta no art. 360: “É efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu prêso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança”.

Para se aplicarem ou não os dispositivos sôbre prisão provisória, considera como tal o anteprojeto a prisão resultante de pronúncia e de condenação? O art. 596 leva a responder afirmativamente no que toca à primeira dessas duas modalidades. Resta, quanto à segunda, dúvida, que é relevante, porque o art. 460 estabelece: “A prisão provisória não poderá ultrapassar, em caso algum, o prazo de oito meses nos casos de procedimento ordinário ou especial, de cinco meses nas hipóteses de procedimento sumário e de dez dias nas de procedimento sumaríssimo”.

Quero crer que êsse dispositivo foi escrito pensando-se apenas na prisão em flagrante e na prisão preventiva *stricto sensu*. Mas atinge inevitavelmente a prisão em virtude de pronúncia, que é qualificada também como prisão provisória. Deve então ser sôlto o homicida que permanece oito meses aguardando o julgamento ou a renovação dêste em consequência de protesto por nôvo juri ou apelação? Não há conveniência em preceituá-lo.

Seria preferível que o art. 460 excluísse expressamente a prisão resultante de pronúncia e a de condenação recorível, às quais — para completar o sistema — conviria fazer alguma referência nessa secção relativa à prisão provisória, ainda que com rápidas remissões à disciplina traçada em outros lugares do anteprojeto.

3. Tendo firmado, nos têrmos da norma constitucional, a obrigatoriedade da comunicação do fato da prisão ao juiz competente (art. 442), o anteprojeto insere normas que dinamizam a ação da Justiça nesse assunto. O juiz perde a possibilidade de ser, como acontece atualmente, um espectador inerte de violências. É obrigado a conhecer realmente da comunicação, para revogar a prisão ilegal (art. 443), não podendo eximir-se do pronunciamento que lhe cabe, a pretexto de não contar com esclarecimentos. O parágrafo único do art. 443 declara que “deverá êle, desde logo, tomar providências para informar-se e julgar”.

Assim, se a prisão, a despeito de ilegal, fôr mantida, torna-se o magistrado a autoridade coatora, e contra êle é que será impetrado *habeas-corporis*.

Desaparece, no anteprojeto, aquela debatida dúvida quanto a saber se o despacho de relaxamento da prisão constitui necessariamente concessão de *habeas-corporis*, para comportar ou não recurso *ex-officio*. O anteprojeto não cogita, para caso algum, de tal recurso.

O art. 444 manda que o juiz promova “a responsabilidade da autoridade coatora se lhe parecer configurado o crime previsto no art. 379 do Código Penal (exercício arbi-

trário ou abuso de poder) ou qualquer outro”. O art. 379 é do anteprojeto HUNGRIA e repete a maior parte das hipóteses do art. 350 do Código vigente. Sugiro — e a sugestão visa aumentar a utilidade do preceito processual do art. 444 — que se acrescente um inciso aos vários do parágrafo único daquele art. 379, de maneira a considerar-se também como crime de exercício arbitrário ou abuso de poder a omissão de quem, infringindo o art. 141, § 22, da Constituição, deixe de fazer ao juiz a comunicação, a que está obrigado, da prisão efetuada.

4. O anteprojeto não admite a chamada prisão para averiguações policiais, a qual, não tendo sido contemplada, como efetivamente não o poderia ser, incide nas medidas punitivas e de proteção à liberdade inscritas nos arts. 443 e 444. Quero acentuar que a vedação aqui é mais cautelosa, como resulta do disposto no art. 13 acêrca da incomunicabilidade do indiciado, no inquérito. No Código vigente, o art. 20, em certa época, deu lugar ao argumento — aliás, improcedente, — de que a detenção para averiguações policiais era possível, por três dias, prazo durante o qual aquêle texto permite manter o indiciado incomunicável. O art. 13 do anteprojeto reza: “A autoridade que preside ao inquérito poderá manter incomunicável o indiciado *que estiver legalmente prêso*, por três dias no máximo”.

5. A inviolabilidade do domicílio não se acha convenientemente resguardada, sem embargo da alusão respeitosa que lhe faz o art. 449<sup>1</sup>. Que acontece, perante o anteprojeto, se o capturando se homizia, à noite, em uma residência particular, sua ou de outrem? Responde o anteprojeto que o executor da captura deve pedir a entrega e, não sendo atendido, “fará guardar tôdas as saídas, tornando a

---

1. Art. 449. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

casa incomunicável e, logo que amanheça, arrombá-la-á e efetuará a prisão”, ajuntando o parágrafo único que “o morador que se recusar à entrega do capturando será levado à presença da autoridade para que contra êle proceda como de direito, se sua ação configurar qualquer infração penal”.

Foi aí repetido o que consta do vigente estatuto processual, à sua vez inspirado em antigas disposições. Mas é tempo de rever a matéria à luz da ampla garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

A casa, à noite, não deve ser mantida incomunicável, pelo fato da recusa do morador a entregar quem nela se encontra. O direito ao domicílio não se cinge a estar nele, senão também a sair e entrar como queira e quantas vèzes queira, o que a incomunicabilidade impede a pessoas que nada têm a ver com o crime. Tornar a casa incomunicável equivale em certos casos a obrigar o morador a permitir a prisão: por exemplo, se o fugitivo a que dá abrigo se acha ferido e precisa com urgência da visita de um médico.

E a necessidade de condução, à presença da autoridade, do morador que legitimamente se oponha à intrusão noturna em seu lar presta-se a ameaças, no instante em que a entrega do fugitivo é pedida, o que implica em constrangimento violador da garantia constitucional. Deve ser banida a providência de condução do recusante, substituindo-se por informes do executor à autoridade, para que providencie o que fôr de direito.

E por que estipular que o executor, logo que amanheça, arrombará a casa, para efetuar a captura? O natural seria que, antes, pedisse amistosamente a entrega do capturando, já que a recusa, por ser noite, era legítima.

6. O anteprojeto declara que “é permitido o emprêgo de algemas e outros utensílios destinados à segurança, desde que não atentem contra a dignidade ou a incolumidade física do prêso” (art. 453, § 1.º). A rubrica marginal desse texto é “Algemas, etc.”. Eu votaria pela redução do enunciado à sua parte inicial, permitindo tão-só o emprêgo de

algemas e, assim, suprimindo aquêlê imponderável “etc.”, que aumenta desnecessariamente os métodos de contenção do prêso.

O uso de algemas é, por vêzes, imprescindível. Já assim opinei há alguns anos, quando o problema surgiu em São Paulo, perante a falta de regra expressa no estatuto processual vigente. Não me pareceu que a lacuna fôsse impediente do uso moderado, imposto por uma necessidade inelutável. O preceito do anteprojeto é útil à clareza. Mas a referência a “outros utensílios” pode ser suprimida.

Dir-se-á que em certos casos não se acham algemas à disposição do autor da captura, e êle terá que recorrer a outros meios. Quando tal aconteça, respondo, ninguém o censurará por isso. A legitimação decorrerá das circunstâncias, como legítimo vinha sendo reputado o uso de algemas, sem texto expresso permissivo. O perigo do “etc.” e da evasiva “outros utensílios” está em que pode levar a abusos, não evitados pela restrição “desde que não atentem contra a incolumidade física do prêso”, pois envolve apreciação muito subjetiva.

Ao invés, creio que melhoraria o dispositivo uma advertência no sentido da excepcionalidade do recurso às algemas, para que os nossos investigadores e oficiais de justiça não pensem que devem proceder em todos os casos como nas detenções que se vêm nos filmes norte-americanos.

7. Parece-me inconveniente e mesmo perigoso o disposto no § 3.º do art. 453: “Na hipótese de tentativa de fuga o emprêgo de armas só será permitido quando não causar mal grave e fôr necessário”. Não faz falta. A tentativa de fuga é forma de resistência passiva, ou desobediência, e o art. 453 já disse que “não será permitido o emprêgo da fôrça, salvo a indispensável no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga”. Em qualquer das três hipóteses compreendidas na ressalva se abrange o uso moderado de fôrça (portanto, de arma) para impedir a fuga.

Nunca se negou que o emprêgo de arma está compreendido no de fôrça, utilizado êste vocábulo sem qualquer qualificação restritiva.

É longo o atual art. 453<sup>2</sup>, porque reúne, como convinha, dois preceitos do Código vigente. E diz tudo o que é preciso. O uso dos meios necessários para vencer a resistência do capturando ou de terceiros é intuitivamente legítimo, desde que proporcionado. Em consequência, soa como uma superabundância o seu § 2.º, embora pareça escrito para restringir: “O recurso ao uso de armas só se justifica quando absolutamente necessário para vencer a resistência”. Em verdade, será entendido na prática como uma ampliação do que consta do Código vigente, e incrementará o uso de armas, que deixará de ser um último recurso, para constituir um recurso vulgar, sob o pretexto de que é “absolutamente necessário para vencer a resistência”.

E o § 3.º é ambíguo:

a) Como pode, quem emprega armas, saber de antemão que não causará mal grave?

b) Em que consiste a necessidade, que o dispositivo tem como eficaz à legitimação do uso de armas? A necessidade de impedir a fuga? Então o uso de armas será normal, tôdas as vêzes em que haja tentativa de fuga.

c) Como as duas condições “quando não causar mal grave” e “fôr necessário” são, ante o desejo de usar armas, considerações aleatórias, sujeitas a apreciação repentina, a Justiça acabará dispensando-as nos casos concretos, sob o fundamento de que o autor da captura incorreu em êrro de fato. E permanecerá a licença ilimitada ao uso de armas contra o que tenta fugir.

---

2. Art. 453. Não será permitido o emprêgo de fôrça, salvo a indispensável no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência por parte de terceiros, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão também usar dos meios necessários para vencê-la e para defender-se. De tudo se lavrará auto subscripto pelo executor e por duas testemunhas.

8. Quanto à prisão em flagrante, o anteprojetado enfrentou uma questão sobre a qual é omissivo o Código. Absteve-se este de regular-lhe o cabimento nos crimes cujo processo depende da iniciativa do ofendido. A solução que, comentando as disposições vigentes, me pareceu curial, é admitir a captura em flagrante, condicionando, porém, a efetividade da prisão ao pronunciamento do ofendido, perscrutado com urgência pela autoridade.

O anteprojetado, sem aludir aos crimes de ação pública mediante representação, — e é uma falha — subordina o próprio ato da captura à iniciativa do ofendido (parágrafo único do art. 462<sup>3</sup>), o que é inconveniente e mesmo quase de todo impraticável. As pessoas que em geral efetuam prisão em flagrante — particulares e policiais, leigos em direito — não têm como entrar em distinções quanto à natureza da ação cabível, e em graves crimes de ação privada o ofendido ou seu representante legal pode não estar em condições de manifestar-se no próprio instante da ação delituosa. Suponha-se um hediondo atentado sexual contra criança, cujo pai se acha ausente.

Entendo que seria melhor admitir a captura, reclamando, porém, para se lavar o auto de flagrante, manifestação da vítima ou quem a represente, em breve lapso de tempo, a ser fixado e que poderia ser de algumas horas. A regra poderia ser estendida aos crimes de ação pública mediante representação.

Estabelece o art. 464, na sua parte final, que, se se tratar de crime de ação privada, o prêsso será pôsto em liberdade logo após a lavratura do auto. Qual a razão? Se a prisão foi precedida de pedido da vítima, é provável que esta queira oferecer a queixa. Talvez o anteprojetado

---

3. Art. 462. Qualquer um pode e as autoridades e seus agentes devem prender quem estiver em qualquer das situações do artigo anterior ou seu parágrafo.

Parágrafo único. Nos crimes de ação privada, a prisão em flagrante dependerá de solicitação do ofendido quando não fôr por êle próprio efetuada.

haja decidido pela forma exposta por se afigurar que essa expectativa de uma ação penal, que não é obrigatória, não justifica a prisão. Por mim, preferiria que a conservação prêso do paciente se prolongasse pelo prazo fixado para o oferecimento da queixa, prazo muito breve, em se tratando de indiciado prêso, e que é de cinco dias no anteprojeto.

9. A lavratura do auto de flagrante não implica indeclinavelmente em manter-se prêso o indiciado, em relação a quem podem não militar efetivos indícios. Será então libertado, como determina o Código e o repete o anteprojeto. Inova, porém, êste uma interessante medida. O juiz que discorde da autoridade, assim como deve relaxar a prisão ilegal, “ordenará a prisão do ilegalmente sôlto” (art. 466, n.º I). Essa forma de correção judicial não se faz sob decreto de prisão preventiva, mas como simples restauração de um flagrante que foi imerecidamente invalidado.

10. O Código permite ao juiz conceder ao prêso em flagrante a liberdade provisória quando verifique ocorrer uma justificativa: legítima defesa, estado de necessidade, cumprimento de dever legal, exercício regular de direito. O anteprojeto alarga no art. 474<sup>4</sup> a concessão a outras hipóteses, e faz bem.

Entretanto, seriam úteis duas sortes de retoques no texto:

a) Substituir-se a frase “quando o juiz verificar” por outra que o vincule menos a êsse pronunciamento liminar. Dir-se-ia: “quando do auto de prisão em flagrante resultarem indícios de que” ou, se se quiser: “resultarem suficientes indícios de que.. ”.

---

4. Art. 474. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições dos arts. 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25 e 54 do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Semelhantemente, poderia ser modificado o art. 480, sobre a prisão preventiva, em cuja não decretação não deve haver motivo para o juiz manifestar prejudgamento.

Mas o melhor é suprimir êsse texto do art. 480, inspirado na legislação vigente, na qual é necessário como exceção à obrigatoriedade da prisão preventiva nos crimes punidos com mais de dez anos de reclusão. Abolida a prisão preventiva obrigatória, já não será mister advertir o magistrado de que não deve decretar a prisão se é provável a absolvição justa.

b) Harmonizar-se o referido art. 474 com o art. 480<sup>5</sup> (caso êste seja mantido), para que ambos cogitem das mesmas exceções à prisão. O paralelismo, na redação do anteprojeto, não é perfeito e, por sinal, a inclusão do art. 54 do anteprojeto HUNGRIA, impedindo a prisão em flagrante quando ocorram as circunstâncias atenuantes arroladas nesse dispositivo, parece-me excessiva. Deveria a menção limitar-se à atenuante consistente em ser o agente menor de 21 anos ou maior de 70.

11. A grande inovação do anteprojeto, nesse capítulo, está em abolir a prisão preventiva obrigatória. Acredito que o ilustre autor do trabalho em exame reflete, nessa diretriz, a aspiração dominante. Em verdade, o art. 312 do Código vigente, embora dutilizado pela exigência de certeza da materialidade da infração, tem-se prestado a muito exagero de juizes, nem sempre consertado pelo *habeas-corpus* a tempo de poupar a liberdade individual a pesado gravame. São conhecidos casos de acusação de peculato, formulada em meio a agitações emocionais, acarretando a prisão preventiva de quem não se sabe se praticou crime.

---

5. Art. 480. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições dos arts. 17, 18, 21, 22, 23 e 25 do Código Penal.

A minha posição em face dêsse problema, porém, não é a mais radical. Em nosso país, é muito frouxa a repressão ao homicídio, porque está entregue ao júri. Seria bom que ao escândalo freqüente da impunidade não se adicionasse a franquia da liberdade do homicida no decurso da ação penal, o que é verdadeiramente chocante, para a sensibilidade pública. Podia-se manter, para os crimes dolosos contra a vida punidos com reclusão superior a dez anos, a prisão preventiva obrigatória, com o temperamento — mais que suficiente — da concessão da liberdade provisória em havendo indícios de escusa relevante, nos têrmos já comentados.

12. Reza o art. 476 que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou do processo judicial, “enquanto não transitar em julgado a sentença definitiva”. Portanto, pode ser decretada após sentença condenatória recorrível. Esta, no entanto, produz o efeito da prisão do réu, nos crimes infiançáveis, o que torna inviável um decreto de prisão preventiva, assim como nos crimes afiançáveis, se não fôr prestada a fiança. Uma vez prestada, já não cabe a prisão preventiva. Poderá haver a cassação da fiança (art. 502) se se reconhecer o seu não cabimento. E nessa hipótese ocorrerá a prisão, sem decreto de prisão preventiva.

Não compreendo, pois, o motivo daquele apêndice que coloquei em relêvo no art. 476.

13. Quanto à fiança, o anteprojeto afasta corretamente a dúvida existente acêrca do limite penal, que é proporcionado pela pena *cominada*, prevalecendo, todavia, a pena *concretizada* na sentença condenatória recorrível (arts. 486, n.º I, e 491).

Deixou, porém, de eliminar um dos defeitos da legislação vigente, na qual não se explica se a idade, a levar em apêrço, do réu menor de 21 anos ou maior de 70, que tem

direito à fiança, é a que conta na época do crime ou na da fiança. Por equidade, convém que a permissão para afiançar-se ocorra nas duas hipóteses, que são antinômicas, pois se a época do fato pode ser favorável ao delinqüente juvenil, pode ser desfavorável ao delinqüente senil, que só no decurso do processo alcance os 70 anos, e se a época da fiança pode ser favorável ao delinqüente senil, que completou durante o processo os 70 anos, pode ser desfavorável ao delinqüente juvenil, que ultrapassou o limite de 21 anos.

Constitui uma interessante inovação em matéria de fiança o disposto no art. 511, que concede ao afiançado, devidamente intimado, prazo de trinta dias para apresentar-se à prisão, sob pena de perder a fiança, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

14. O anteprojeto traz disposições sôbre a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança, equivalentes às que existem no estatuto processual vigente. Êste as desenvolveu em harmonia com preceitos do Código Penal de 1940, que previu a aplicação provisória de tais providências. Mas o anteprojeto HUNGRIA não segue a mesma trilha. Nada diz sôbre o cabimento provisório de umas e outras. Como o anteprojeto de Código de Processo Penal se declara consentâneo com o anteprojeto HUNGRIA, poderia advir dúvida quanto à legitimidade das disposições processuais, que porventura seriam tidas como desautorizadas pelas normas penais acêrca das interdições de direitos e medidas de segurança.

Aventa-se a dúvida para afastá-la. Em verdade, a aplicação provisória das aludidas providências é assunto nitidamente de processo, independente de previsão no direito substantivo, tal como acontece com a prisão preventiva perante a pena privativa de liberdade.

15. Aduzirei agora algumas observações acêrca da disciplina do *habeas-corpus*.

Parece-me algo artificial a distinção, contida nos arts. 526 e 527, entre ilegalidade e abuso de poder. Em todo abuso de poder há ilegalidade e a ilegalidade via de regra se caracteriza por um abuso de poder.

O anteprojeto deixa incerteza quanto a caber ou não o *habeas-corpus* para o trancamento de ação penal desapoia-da, manifestamente, em quaisquer indícios, e conviria que tomasse partido acêrca dêsse ponto, que a tanta divergên-cia tem dado ensejo nos tribunais. A jurisprudência regis-tra casos, embora não muito numerosos, de concessão, feita sem embargo de estar a peça vestibular do processo redi-gida com esmero, adrede a neutralizar a argüição de ine-xistência de crime em tese.

Mais protegida ficará a liberdade individual com a per-missão do *habeas-corpus* para coibir processos aberrantes na sua iniquidade. A questão é delicada, porque também há conveniência de evitar que o heróico remédio se converta em panacéia a ser experimentada em todos os casos.

Lê-se no art. 23 que a denúncia “terá de ser apresen-tada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) prova que abone a suspeita de autoria”. *A contrario sensu*, a denúncia não poderá ser apresentada se faltarem êsses elementos. O constrangimento resultante do seu oferecimento e aceitação será, pois, ilegal. O *ha-beas-corpus* não deve ser recusado. Mas na longa lista de hipóteses dos arts. 526<sup>6</sup> e 527<sup>7</sup> não figura a da total falta de base para o processo.

---

6. Art. 526. Haverá ilegalidade:

I — quando o cerceamento da liberdade fôr ordenado por quem não tem competência para tal;

II — quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais.

7 Art. 527. Haverá abuso de poder:

I — quando a liberdade de ir e vir fôr cerceada fora dos casos previstos em lei;

II — quando alguém estiver prêso por mais tempo do que deter-mina a lei;

III — quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento;

O dispositivo que mais se adapta à situação em aprêço é o do n.º I do art. 527, que refere existir abuso de poder “quando a liberdade de ir e vir fôr cerceada fora dos casos previstos em lei”. Com ligeira correção, êle se flexibilizará mais. Proponho que se diga: “quando a liberdade fôr cerceada fora dos casos previstos em lei”.

Terá o autor do anteprojeto, com aquêle tradicional “ir e vir”, pensado no perigo de ampliar demais o *habeas-corpus*? Não é de temê-lo. Confiemos na sua estratificação atual, que lhe traça balizas razoavelmente firmes.

O enunciado, que proponho, por ser mais amplo, figuraria melhor no fim do elenco, como um arremate, cabendo em face dêle dispensar-se o que se mostra casuístico demais, como por exemplo o texto do inciso VI, que diz haver abuso de poder “quando alguém fôr prêso preventivamente por fato típico, porém excepcionalmente lícito (art. 25 do Código Penal; Cód. Proc. Penal, art. 480)”. Para que dizê-lo? Pois a hipótese não é de cerceamento da liberdade (mesmo conservado o “ir e vir”) fora dos casos previstos em lei?

De resto, a incluir-se êsse inciso VI, então se teria de dilatá-lo para prever de expresso a ameaça de prisão, proveniente de indevido decreto de prisão preventiva ainda não cumprido. Falando em “quando alguém fôr prêso”, o dispositivo parece esquecer essa eventualidade, que por sinal é mais comum.

Sob outro aspecto não considero boa a redação do inciso VI. Aludindo a “fato típico excepcionalmente lícito”, tem em mira as discriminantes ou causas justificativas,

---

IV — quando alguém não fôr admitido a prestar fiança que a lei concede;

V — quando alguém estiver sendo processado ou tiver sido condenado por fato que não constitua crime em tese (fato atípico);

VI — quando alguém fôr prêso preventivamente por fato típico porém excepcionalmente lícito (art. 25 do Código Penal; Cód. Proc. Penal, art. 480);

VII — quando estiver extinta a punibilidade;

VIII — quando o processo fôr manifestamente nulo.

mas, como já se viu, o projeto estende o não cabimento da prisão preventiva a outras situações jurídicas, como o confirma o mesmo inciso VI ao remeter o leitor ao art. 480.

Ainda quanto ao *habeas-corporis*, uma útil inovação aparece no parágrafo único do art. 529: “O pedido será rejeitado se o paciente a êle se opuser”. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal censurou, com pesadas e justas increpações, determinado impetrante espontâneo de um *habeas-corporis* que o requerera maliciosamente, com o indissimulado propósito de difamar o paciente.

16. O anteprojeto inadvertidamente reitera uma regra má do atual Código. O parágrafo único do art. 538, idêntico ao parágrafo único do art. 664 do estatuto vigente, preceitua: “A decisão será tomada por maioria de votos; havendo empate, se o Presidente não tiver tomado parte na votação, proferirá voto de desempate; no caso contrário prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente”.

Assim como em outros tribunais do país, pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo o Presidente da Secção Criminal é o Corregedor Geral da Justiça, cujo comparecimento aos julgamentos de *habens-corporis* não é constante, porque outras atribuições o solicitam. Frequentemente encontra-se fora da Capital, em viagem de correição. Substitui-o na presidência o mais antigo membro das Câmaras Criminais. No Tribunal de Alçada, a Presidência da Secção Criminal compete ao Presidente do Tribunal, que raro dispõe de tempo para êsse encargo, no qual é também substituído pelo mais antigo componente da Secção Criminal.

O preceito em aprêço cria para o Presidente efetivo da Secção Criminal uma difficil conjuntura. O seu comparecimento, que é eventual, só pode concorrer para a denegação do *habeas-corporis*. Apenas lhe é dado votar para converter a concessão da ordem em indeferimento ou manter uma concessão que estava consumada sem o seu voto. Não votando, a ordem acha-se concedida.

Se a presença do Presidente ocorresse diuturnamente, paciência. Mas o seu surgimento esporádico suscita-lhe problemas, porque o seu comparecimento nunca pode ser benéfico aos que recorrem à impetração.

Há quem entenda que, ausente o Presidente efetivo, deve ser convocado para desempatar, se com o voto do Presidente substituto se estabeleceu o empate. Essa opinião é absurda. Tal convocação não está prevista no texto do Código, repetido no anteprojeto. E a solução seria dificilmente exequível, pelas delongas e complicações a que obrigaria, com a repetição do julgamento, inclusive defesa oral, ainda mais porque, quando o Presidente é o Corregedor, se terá de esperar o seu retorno, se se encontrar em viagem.

O preceito sugere ao Presidente, como solução mais equânime, o desempate infalivelmente a favor, o que não é uma solução juridicamente exata.

O texto do anteprojeto deveria dispor, simplesmente: “A decisão será tomada por maioria de votos. Havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente”.

## Da ação de reivindicação.

*Washington de Barros Monteiro*

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

1. Dentre as várias ações que tutelam o direito de propriedade, a mais vigorosa e importante é, sem dúvida, a de reivindicação. A ela refere-se o Código Civil, de modo específico, em seu artigo 524: a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, *e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*.

Nesse preceito se depara o preciso objeto da ação de reivindicação. Na frase lapidar de ULPIANO, é *actio in rem, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur petimus*. Só assim se assegura o direito de seqüela, que acompanha aquilo que nos pertence e que constitui o apanágio do direito real.

Efetivamente, como já dizia o velho CORREA TELLES (*Doutrina das Ações*, § 68), vindicar é tirar o que é nosso da mão de quem injustamente o possui. Portanto, a reivindicação compete àquele que tem domínio de qualquer coisa. Tem ela por objeto reaver a coisa sôbre a qual recai o domínio.

Ação tuitiva do domínio, define LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Coisas*, 1/302), ação tutelar da propriedade, acrescenta SÁ PEREIRA, 8/23), cabe, tão-sòmente, a quem tenha o domínio, a quem seja dono ou proprietário da coisa. Quem não tem *jus in re*, devidamente constituído, não pode reivindicar.

Realmente, dois requisitos hão de comprovar-se nessa ação, para que se legitime o ingresso do autor em juízo: a) — seu domínio sobre o bem reivindicado; b) — que o réu injustamente possua esse bem, ou que dolosamente tenha deixado de possuí-lo. O direito do *verus dominus* prevalece contra qualquer detentor da coisa e para garanti-lo de modo absoluto a lei o provê daquela ação real.

O concurso de ambos os requisitos representa ponto frio em nosso direito, insuscetível de qualquer controvérsia, consagrado por uniforme doutrina e abonado por diuturna jurisprudência (LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, § 82; SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, 6/496; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 12/168; *Revista dos Tribunais*, 123/179-185/680; *Revista Forense*, 88/189-107/61-116/120-120/135; *Diário da Justiça do Estado*, de 30-9-1941, ap. cível n. 13.296; de 28-4-1942, ap. cível n. 12.514, etc.).

Afirma-se, por isso, numa síntese perfeita, tornada clássica, que reivindicação é ação do proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário (*Nuovo Digesto Italiano*, voc. “Proprietà”). Por outras palavras, é ação daquele que tem domínio mas não tem posse contra aquêle que tem posse mas não tem domínio.

De fato, como esclarece BUTERA (*La Rivendicazione nel Diritto Civile, Commerciale e Processuale*, pág. 10), as condições essenciais ou pressupostos jurídicos para exercício da ação são duplos, isto é, um autor proprietário, um réu possuidor. Os dois termos são correlatos. Ao primeiro deve faltar a posse, ao segundo o domínio. Desenrola-se a luta judiciária entre um proprietário não possuidor e um possuidor não proprietário. Eis aí uma das idéias mais precisas em todo o direito privado.

A fórmula jurídica que sintetiza o que seja e signifique a ação reivindicatória, estabelecendo direta relação entre o proprietário e aquilo que lhe pertença, é expressa por um velho brocardo, a que se refere MANUEL SANMARTIN PUENTE (*Estudio Jurídico Doctrinal sobre la Reivindicación*): *res ubicumque sit, pro domino suo clamat*. Ou, em vernáculo,

onde quer que se encontre, clama a coisa pelo seu dono. Disso tem consciência o homem do povo, quando afirma: a coisa chora pelo seu dono.

2. É a mais típica das ações reais. É a ação real por excelência, por intermédio da qual o proprietário segue a coisa onde quer que esteja, reclamando-a de qualquer possuidor, ou de qualquer pessoa, que não queira deixar livre o exercício do direito dominial. Através dela, o proprietário exercita, portanto, o direito de seqüela, indo buscar o que lhe pertence, onde quer que se encontre. No direito romano, já dizia a fórmula dada pelo pretor: examinará o juiz se Tício é dono do imóvel reclamado.

Pode ser mobiliária ou imobiliária, segundo se refira a bens móveis ou imóveis. No primeiro caso será ajuizada no fóro do domicílio do réu (Código de Processo Civil, artigo 134) e no segundo, no fóro da situação (artigo 136). De fato, tratando-se de ação relativa a imóvel, o fóro competente é o da situação, ainda que interessada seja a Fazenda (Conf. *Revista dos Tribunais*, 174/601). Se o imóvel sobre que aludir o pleito se achar situado no território de dois ou mais Estados ou comarcas, o fóro se determinará pela prevenção, prorrogando-se a jurisdição do juiz sobre toda a extensão do imóvel (Código de Processo Civil, artigo 137).

Como bem esclarece PEDRO BATISTA MARTINS (*Código de Processo Civil*, 2/56), a lei não exige outra condição que não seja a contigüidade territorial; não atribui preferência à jurisdição em que se ache a maior porção territorial, nem à do domicílio do réu, ou da maioria dos réus. Basta que uma parte do imóvel, qualquer que seja sua proporção, se encontre sob a jurisdição de determinado juiz para que se lhe previna a competência, que se prorrogará sobre toda a extensão do imóvel.

Se casado o autor, obrigado estará a exhibir outorga uxória (*Código Civil*, artigo 235, n. II; *Código de Processo Civil*, artigo 81). Quanto ao réu, citado será conjuntamente

com a mulher. Nulo o feito em que preterida seja tal exigência legal (*Código de Processo Civil*, artigo 84).

Se versar sôbre bem imóvel a ação não admitirá reconvenção (*Código de Processo Civil*, artigo 192, n. V). A lei adjetiva é expressa e contra os seus têrmos não podem e não devem prevalecer princípios doutrinários, por mais relevantes que sejam. De resto, existem decisões nesse sentido (*Revista dos Tribunais*, 176/629; *Diário da Justiça do Estado*, de 29-11-1941, processo n. 14.096).

Entre a ação de reivindicação e a de usucapião subsiste litispendência. Se o fundamento da segunda é a posse do usucapiante e se o seu objeto jurídico é o reconhecimento do domínio, claro se torna que não pode êste servir de base para a primeira, em outro feito promovido entre as mesmas partes (*Revista Forense*, 111/459). Por isso mesmo, o reconhecimento do usucapião tolhe a reivindicação do mesmo objeto, reclamada pelo respectivo dono, pela ocorrência da coisa julgada (*Revista dos Tribunais*, 172/788).

De modo idêntico, não se permite discutir em ação reivindicatória questão de domínio já resolvida definitivamente em processo divisório promovido entre as mesmas partes (*Revista dos Tribunais*, 128/549-171/668). Mas a sentença proferida em discriminatória de terras públicas não produz *res judicata*, em relação ao domínio, no tocante aos que não foram partes na ação (*Revista dos Tribunais*, 175/632).

A reivindicação pode ser cumulada com o pedido de cancelamento da transcrição existente em favor do réu. Aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a reivindicatória envolve pedido de retificação ou anulação do registro feito, pois, não se concebe a subsistência de uma transcrição após declaração de nulidade do título que lhe haja dado causa (*Revista Forense*, 120/420).

Se o réu detém a coisa reivindicada por fôrça de contrato celebrado com o autor, necessidade há de prévia anulação dêste (*Revista dos Tribunais*, 138/638). Mas, nada impede a cumulação das duas ações, inclusive a de reivindicação com perdas e danos.

Por outro lado, como já tem sido decidido, admissível é também cumulação da reivindicatória com a demarcação (*Revista dos Tribunais*, 303/472), mas não se pode contrapor reivindicação a desapropriação. Dispõe, com efeito, o artigo 35 do Decreto-lei n. 3.365, de 21-6-1941, que “os bens desapropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação”.

3. Como ação de índole petítória, a reivindicação não se confunde com a possessória, muito embora, como afirma BOURCART (*Étude historique et pratique sur les Actions Possessoires*, pág. 327), o petítório e o possessório sejam como duas árvores diferentes, cujas raízes se misturem, se entrelacem e se interpenetrem no solo.

A lei protege a posse em atenção à propriedade, de que constitui manifestação exterior. Mas, enquanto na possessória só se discute sobre o fato da posse, devendo vencer a demanda o litigante que se tenha comportado como o dono em face daquilo que lhe pertença, na reivindicatória se questiona sobre o próprio domínio, devendo a vitória sorrir ao litigante que contar com melhores títulos sobre a coisa reivindicada.

A posse é destarte, verdadeiro reduto da propriedade. Nesse terreno, como lembra IHERING (*O Fundamento dos Interditos Possessórios*, trad. de ADERBAL DE CARVALHO, pág. 81), não se trava uma batalha decisiva, porém, simples escaramuça. O juízo petítório, sim, vem a ser o *grande certamen*, como o denominava HORÁCIO (*apud* LOMONACO, *Istituzioni del Diritto Civile Italiano*, 2.<sup>a</sup> ed., 3/511). Mas, conforme as conveniências, nada impede que, em lugar da reivindicatória, se proponha a possessória de curso ordinário, depois de transcorrido o prazo de ano e dia, a contar da perda da posse (*Revista dos Tribunais*, 190/488).

Por igual, sem embargo de suas inegáveis analogias, não é possível qualquer confusão entre a reivindicatória e a petição de herança. A segunda está para a herança como

a primeira para a propriedade. Descansa a mesma na postulação da qualidade de herdeiro e se lograr sair vitorioso na demanda, adquirirá o autor direito de receber a herança reclamada, ou o quinhão hereditário que lhe couber.

Divergem, no entanto, as duas ações quer quanto ao seu objeto, quer quanto à sua prova. Quanto ao objeto, porquanto tende a reivindicação ao reconhecimento do direito de propriedade sôbre determinada coisa, ao passo que a *petitio hereditatis* visa ao reconhecimento da qualidade de herdeiro com a consequente recuperação de bens hereditários por parte dêste. Distinguem-se ainda no tocante à sua prova, uma vez que na primeira se exige demonstração inequívoca de domínio sôbre a coisa demandada, enquanto na segunda basta a prova de condição de herdeiro (WALTER D'AVANZO, *Delle Successioni*, 1/161).

Também não se confunde com a publiciana. Compete esta, particularmente, ao possuidor de boa-fé em vias de prescrever. Não podendo usar da reivindicatória, porque ainda não é titular do domínio, o autor lança mão da publiciana, a fim de recuperar a coisa e poder até chegar ao domínio por intermédio do usucapião.

Por outras palavras, para empregarmos as expressões de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, de que foi relator o ilustre desembargador JOÃO MARCELINO GONZAGA, para que se invoque a ação publiciana preciso é que a pessoa esteja na posse da coisa em via de prescrição. Tem a publiciana o mesmo fim que a reivindicação, a restituição da coisa, mas fundamento diverso, a posse apta para a prescrição e não o domínio; donde decorre ser imprescindível que o autor reúna as condições de posse hábil, justo título e boa-fé, salvo no usucapião extraordinário, em que se dispensam justo título e boa-fé (*Diário da Justiça do Estado*, de 25-11-1942, proc. n. 4.405, de Lins).

Não se confunde ainda a reivindicação com a demarcatória com queixa de esbulho. Como tenho ocasião de elucidar em meu livro sôbre *Direito das Coisas*, 5.<sup>a</sup> ed., pág. 148, na primeira o autor reclama a devolução de imóvel

certo, preciso, individuado e perfeitamente caracterizado. Na segunda, desde que cumulada com queixa de esbulho, demanda o autor a retomada de quantidade indeterminada de terreno, que, após o lançamento de linha perimétrica, se verifique pertencer-lhe. Naquela, portanto, o autor precisa individuar rigorosamente o que reclama; nesta, pode cingir-se, no libelo, ao pedido de restituição do que se apurar após a fixação da linha separativa.

Outrossim, importa ainda distingui-la de outras ações de restituição, fundadas em simples relações de direito pessoal. De fato, muitas vêzes, o proprietário vem a repetir de outrem aquilo que lhe pertence, sem ser através de reivindicação. Por exemplo, o depositante que deseje reaver a coisa depositada não se valerá certamente da reivindicatória, porém, da ação de depósito, de natureza pessoal, disciplinada pelo artigo 366 do Código de Processo Civil.

4. A ação de reivindicação é essencialmente dominial e sem prova plena de domínio não pode ser julgada procedente. Cabe ao autor, por conseguinte, antes de mais nada, provar que efetivamente é dono da coisa reivindicada. Aliás, definiam os glizadores outrora: *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*.

Não transige a jurisprudência com a dispensa ou mesmo atenuação dêsse primeiro requisito. Assim, em aresto publicado na *Revista Forense*, 135/81, decidiu o V Supremo Tribunal Federal que “nesta ação é essencial a produção de prova do domínio, sob pena de prevalecer a posse do réu”. Ou, como se expressou, certa feita, o Tribunal de Justiça do Estado, “não provado o alegado domínio, o autor tem de decair na reivindicatória, mesmo diante do simples possuidor” (*Diário da Justiça do Estado*, de 24-3-1942, proc. n. 13.102).

Nesse sentido é igualmente a doutrina. Como afirma BUTERA (*Ob. cit.*, pág. 351), no juízo reivindicatório, sem prova plena e luminosa do pretendido domínio, deve o autor necessariamente sucumbir, ainda que o réu só possa

opor-lhe simples posse, não emoldurada por título algum, bastando a este redargüir ao reivindicante com o *possideo quia possideo*, por aplicação do princípio *melior est conditio possidentis*.

Não discrepa a doutrina nacional. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, com sua imensa autoridade, a dispensar outras citas, ensina que o primeiro pressuposto da pretensão reivindicatória é a propriedade atual do reivindicante (*Tratado de Direito Privado*, 14.º vol., 1.573).

Em se tratando de reivindicação concernente a bem imóvel, o título de domínio do autor representa documento que obrigatoriamente há de instruir a inicial, sob pena de ser o réu absolvido da instância, em conformidade com o disposto no artigo 201, n. I, do Código de Processo Civil (*Revista dos Tribunais*, 177/740).

Discute-se, no entanto, se ao reivindicante bastará a presunção resultante do artigo 859 do *Código Civil*, para que veja acolhida a demanda, ou se lhe é necessário demonstre também a seqüência ou filiação de seu título aquisitivo.

Tenho opinião conhecida a respeito. No meu entender, promovendo a ação, cumpre ao autor comprovar, de modo cabal e completo, o domínio de que se diz titular, oferecendo não só a prova da respectiva transcrição, como também estabelecendo a filiação de seus títulos, de molde a obter tempo capaz de gerar usucapião (*Ob. cit.*, pág. 92).

Medita-se, com efeito, no exemplo apresentado por NATTINI (*La Dottrina Generale della Procura*, pág. 66): adquiero imóvel de pessoa que imagino seja a proprietária; transcrevo o título aquisitivo, que, aparentemente, não se ressent de qualquer defeito. Todavia, se o transmitente não era dono, também proprietário não sou, minha aquisição realizou-se *a non domino* e, assim, um belo dia, poderei ser citado pelo verdadeiro proprietário, que exercite a reivindicatória, vindo a ser afinal compelido a entregar-lhe o que comprara.

Reivindica quem é dono e se a aquisição dêste não é a título originário deve ministrar não só a prova de seu título de aquisição, como dos títulos de aquisição dos proprietários precedentes. Evidentemente, não se exige que tal prova levada seja ao infinito, a qual, se não de todo impossível, pelo menos seria extremamente difícil. Como recorda ANDREA TORRENTE (*Manuale di Diritto Privato*, 1955, pág. 255), acêrca dessa prova, falavam os antigos da *probatio diabolica*.

De mãos dadas, doutrina e jurisprudência exigiram sempre tal filiação, jamais se contentando com a simples transcrição atual em favor do reivindicante (Conf. LAFAYETTE, *Ob cit.*, § 82; *Revista dos Tribunais*, 123/179-168/611-169/594-174/126-185/680-279/247-291/242 e 514-303/184-307/261-323/282).

Entretanto, recentemente, insinua-se nova orientação, segundo a qual relativa é a prova de domínio, devendo o juiz limitar-se a apurar qual das partes disponha de melhor título, vindo assim a triunfar o autor, desde que apresente escritura de aquisição extrinsecamente perfeita, com transcrição regular no registro imobiliário, e o réu nenhum título exhibe.

Exemplo típico dêsse ponto de vista, que subverte orientação tradicional, é o inserto na *Revista dos Tribunais*, 321/266, em que as Câmaras Civas Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, por grande maioria de votos, decidiram que “a transcrição no registro de imóveis gera uma presunção *juris et de jure* a favor de seu titular e para êste reivindicar não precisa provar o domínio até o tempo necessário para gozar do usucapião”.

Com a devida venia, não vejo como acolher semelhante deliberação, cujo ponto de partida se me afigura inexato. A presunção decorrente do citado artigo 859 é apenas *juris tantum*, não *juris et de jure*, como assevera o acórdão. Inexistindo propriedade cadastrada em nosso país, como su-

cede na Alemanha, não se pode atribuir ao registro imobiliário valor absoluto, que não comporte eliminação por prova contrária.

Nessas condições, compete ao autor não só oferecer prova de sua transcrição, como também do domínio de seus predecessores, por tempo hábil ao usucapião. Deve êle, de tal arte, ser julgado carecedor de ação, embora apresente título transcrito, se se verifica que o dos antecessores não obedece às prescrições legais, ou imprestável é como prova de domínio (*Revista dos Tribunais*, 204/123-209/157).

Não evidenciado o *jus in re* nas condições enunciadas, deve a posse continuar com o réu, ainda que o eventual domínio dêste se ressinta igualmente de dúvidas. Acredito, portanto, que a única tese compatível com o direito vigente seja esta: não provado o argüido domínio, o autor tem de decair da reivindicatória, ainda que em confronto ou em litígio com o mero possuidor.

Dir-se-á, provavelmente, que o artigo 859 encerra presunção e que também as presunções constituem meio de prova (*Código Civil*, artigo 136, n. V; *Código de Processo Civil*, artigo 251). Tratar-se-á, todavia, de presunção contra presunção, pois, perante nosso direito, a posse do réu também é uma aparência, uma probabilidade, *uma presunção*, para empregar a linguagem jurídica (BOURCART, *Ob. cit.*, Introd., n. V), e, entre as duas presunções, a primazia deve caber à posse, porquanto, como já se frisou anteriormente, *in pari causa melior causa est possidentes*.

Observe-se, no entanto, que, na hipótese de conflito de títulos, filiando-se todos à mesma origem, há de prevalecer a mais antiga transmissão. A prioridade do registro é que decidirá a questão, determinando a quem cabe a propriedade (*prior in tempore potior in jure*; o que antecede no tempo prima em direito).

Todavia, se o reivindicante se torna dono no curso da ação, deve esta ser acolhida pelo princípio do *jus superveniens*. Nessa matéria, com efeito, a regra de processo é a de que os pressupostos processuais (capacidade das partes,

jurisdição, competência) devam coexistir no momento da propositura da demanda, mas, quanto às condições da ação (posse, domínio), só se exige sua presença por ocasião da sentença (*ius superveniens firmat actionem vel exceptionem*). O domínio superveniente sana, por conseguinte, eventual falta de titularidade do reivindicante. Se o fato é o mesmo, já deduzido no limiar da lide, a proibição de mudar a *causa petendi* não exclui a possibilidade de fazer valer, como tal, fato que só ocorreu durante a lide (SERGIO COSTA, *Nuovo Digesto Italiano, voc. "Causa petendi"*).

Em se cuidando de reivindicação relativa a móveis e semoventes, a prova de domínio pode ser feita no curso da ação (*Revista dos Tribunais*, 143/560). De fato, em nosso direito, não se pode pôr em dúvida que a reivindicação também incide sobre tais efeitos, já que não prevalece entre nós a velha regra do direito gaulês: *en fait de meubles, la possession vaut titre*.

Aliás, no tocante à reivindicação de móveis e semoventes, a prova de domínio pode ser efetuada exclusivamente por testemunhas, desde que seu valor não supere a taxa legal (*Revista dos Tribunais*, 128/589).

Possível é, outrossim, reivindicação de títulos ao portador furtados ou extraviados (*Código Civil*, artigo 521; *Código de Processo Civil*, artigo 336), bem como de letras de câmbio e notas promissórias, conquanto se exija prova de que o réu teve ciência da ilícita origem dos títulos (acórdão do Tribunal de Justiça do Estado, na apel. cível n. 15.198, inserto no *Diário da Justiça do Estado*, de 28-5-1942).

5. Como ação dominial, o reivindicante tem de ser dono, titular de *jus in re*. Conseqüentemente, não pode tangê-la simples compromissário-comprador (*Revista dos Tribunais*, 296/738). Se acórdãos existem, admitindo o ajuizamento da imissão de posse pelo simples compromissário-comprador, quanto à reivindicatória não há vezes discrepantes. Só estará legitimado a promovê-la o *verus dominus*.

De modo idêntico, mandato em causa própria, ainda que contenha os requisitos da compra e venda, não constitui título hábil para reivindicação de imóvel de quem o possua através de título aquisitivo devidamente transcrito no registro imobiliário (*Revista dos Tribunais*, 186/152).

Por igual, tem-se decidido que é carecedor de ação, por falta de qualidade para agir, quem se apresente como sucessor ou herdeiro do proprietário, porém, não oferece prova documental bastante de sua filiação legítima (*Revista dos Tribunais*, 174/802).

De modo geral, todavia, pode o autor, como cessionário de direitos hereditários, pedir não tôda a herança, mas as coisas corpóreas que a componham (*Revista dos Tribunais*, 158/678). Entretanto, não faltam decisões segundo as quais é o cessionário carecedor da ação, visto não ter *jus in re* (*Revista dos Tribunais*, 158/151).

Acredito que mais correto se mostre aquêlê primeiro ponto de vista. Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito, como de um direito, se abrangem todos os seus acessórios (Código Civil, artigos 1.066 e 1.078). Na cessão se inclui, portanto, como acessório, a ação concedida para a defesa do direito. De outra forma, jazeria êste indefeso, com ofensa ao disposto no artigo 75 do mesmo Código.

De fato, assiste ao herdeiro o *jus vindicandi*, ainda que não efetuado o inventário do *de cujus*. Expresso é o artigo 1.580, parágrafo único, de sorte que, cedido ou transferido o direito, pode o cessionário intentar a ação correspondente (*Revista Forense*, 175/220).

Contempla o Código Civil várias situações especiais: a) — pode a mulher casada, independentemente de autorização marital, reivindicar os bens comuns móveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido à concubina (artigo 248, n. IV). Ação reivindicatória intentada pela viúva e seu filho contra a segunda mulher e filhos do marido, que cometera bigamia, não pode ser admitida antes da anulação da partilha, mas se admite a respectiva cumulação

(*Diário da Justiça do Estado*, de 11-11-1945, ap. civ. n. 22.377); b) — pode a mulher casada, outrossim, reivindicar os imóveis do casal que o marido haja gravado ou alienado sem sua outorga ou suprimento pelo juiz (artigo 248, n. II); c) — pode ainda reivindicar os bens dotais alienados pelo marido, observando-se, quanto aos móveis, o disposto no artigo 295, § único; d) — idênticamente, o dono do prédio desfalcado pela avulsão pode reclamar a porção destacada, cabendo ao proprietário beneficiado optar pela devolução ou pela indenização do reclamante (artigo 541). Tal direito há de exercitar-se no prazo de um ano, sob pena de perder a reivindicação o antigo dono (artigo 542); e) — resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha (artigo 647). Assim, com a abertura do fideicomisso, cabe ao fideicomissário reivindicar os bens vendidos pelo fiduciário (*Revista Forense*, 136/109); f) — se o imóvel se alheou por título gratuito, ou se, alheando-se por título oneroso, obrou de má-fé o terceiro adquirente, cabe ao que pagou por êrro o direito de reivindicação (artigo 968, § único); g) — o herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a assistir o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido (artigo 1.272); h) — aquêle cujo nome se acha inscrito no título, presume-se dono, e pode reivindicá-lo de quem quer que injustamente o detenha (artigo 1.510).

Outras situações podem ainda surgir: a) — cabe reivindicação de imóvel alienado e sôbre o qual pesava cláusula de inalienabilidade. Se houve sub-rogação de vínculo, a ação tem de ser precedida de anulação da sentença que a concedeu (*Revista dos Tribunais*, 139/194); b) — igualmente, admite-se reivindicação de bens de fundação, alienados independentemente de autorização judicial (*Revista dos Tribunais*, 179/676).

6. Referentemente ao condômino, dispõe o Código Civil, no artigo 623, n. II, que, na propriedade em comum, compropriedade, ou condomínio, pode o mesmo reivindicá-lo de terceiro.

Quanto a êsse direito, indecisa mostrou-se, inicialmente, a doutrina. Uma parte desta negava ao condômino o *jus vindicandi*, visto que a reivindicação pressupõe que o réu seja possuidor sem ser proprietário, o que não acontece no condomínio, em que o demandado tem necessariamente *jus proprietatis*. Outra parte, colocando-se em polo oposto, concedia ao condômino o direito de reivindicar, ainda que contra os demais consortes.

O Código Civil Brasileiro, todavia, adotou posição intermediária: outorgou ao condômino o direito de reivindicar, porém apenas contra terceiro, não contra outro condômino. Mas a reivindicação, assim ajuizada, há de versar sôbre todo o imóvel indiviso, e não sôbre a quota ideal do reivindicante sômente. Julgada procedente, a decisão aproveitará não só ao autor, isoladamente, como a todos os demais comunheiros, indistintamente (*Revista dos Tribunais*, 173/215-296/738-300/164; *Revista Forense*, 131/467). Ajunte-se, no entanto, a título de esclarecimento, que imprópria será a mesma ação para haver um condômino excessivo acaso ocupado por outro condômino, na coisa comum.

7. O segundo requisito da ação reivindicatória vem a ser a posse do réu. Reivindica quem é dono e contra quem mal possui.

Não importa se a posse é de boa ou de má-fé. (*Revista dos Tribunais*, 322/208), em nome próprio ou de outrem. Para que a ação seja acolhida basta que o demandado possua *injustamente* o bem reivindicado, consoante se exprime o artigo 524 do Código Civil.

A expressão tem sentido mais amplo que o extraído do artigo 489 do mesmo Código. Para efeito de reivindicação, posse injusta não é exclusivamente a violenta, clandestina

ou precária, mas a obtida sem título legítimo, em detrimento dos direitos do reivindicante (*Revista dos Tribunais*, 199/233).

A ação pode ser intentada contra o mero detentor e também contra aquêlê que maliciosamente deixou de possuir a coisa reivindicada, com o propósito de dificultar-lhe a reivindicação. Em verdade, assiste ao autor o direito de demandar, indiferentemente, o atual possuidor dela, ou aquêlê que, com dolo, deixou de a possuir. De feito, insista-se, a reivindicatória pode ser movida contra quem de má-fé deixou de possuir (*Revista dos Tribunais*, 132/143-137/535).

Se o réu tem também título transcrito deve ser citado pessoalmente para a causa, ou então, nominalmente, por editais. De outra forma, não seria contra êle exequível a sentença que viesse a ser proferida (*Revista dos Tribunais*, 180/216 e 327-182/763-187/855).

8. Em se tratando de imóvel, o autor deve mencionar, na inicial, todos os elementos que o tornem conhecido, que o individuem e que lhe permitam exata localização, como extensão superficial, acidentes geográficos, limites e confrontações, a fim de estremá-lo das demais propriedades contíguas. Sem observância dessa exigência, que é fundamental, não pode ser julgada procedente uma reivindicação, pela manifesta impossibilidade de executar-se ulteriormente a sentença proferida.

Não basta, pois, se lhe declare parcialmente o perimetro. Declaração parcial torna indeterminado ou incerto o objeto da ação. Urge se tenha a segurança de que o imóvel reclamado pelo autor é o mesmo sôbre o qual pretende ter domínio e direito. Sem coincidência entre seu título domínial e aquilo que o réu ocupa não pode ser acolhida a pretensão reivindicatória. Nem é possível reivindicar área indeterminada (*Revista Forense*, 116/417) ou relegar a determinação da coisa reivindicada para o curso da ação (*Revista dos Tribunais*, 193/654).

Numerosos são os julgados segundo os quais não pode vingar a ação se o autor não faz certa a identidade da coisa reivindicada (*Revista dos Tribunais*, 129/630-158/678-175/623-198/211-203/167-210/165; *Revista Forense*, 90/170-119/75-123/116).

Observe-se, contudo, a bem da verdade, que o desaparecimento de assinalação de divisas, bem como a falta de marcos, picadas e outros sinais não obstam ao ajuizamento da reivindicatória, a menos que influam na defesa do réu, cerceando-a (*Revista dos Tribunais*, 139/114).

9. Segundo a opinião mais difundida, reivindicação é ação condenatória (ELIO VITUCCI, *Nuovo Digesto Italiano*, voc. “Proprietà”). Com o reconhecimento do direito dominial do autor, é o réu condenado a restituir a coisa reivindicada e que ilegítimamente detém.

Julgada procedente, a condenação não tem alternativa, impondo-se a restituição do bem reivindicado. Na execução da sentença é que, eventualmente, não mais existindo a coisa, pode esta ser substituída pelo seu valor, com o acréscimo das perdas e danos (*Diário da Justiça do Estado*, ap. civil n. 25.356).

Sentença proferida em ação de reivindicação pode ser executada contra terceiros, sucessores do condenado (*Revista dos Tribunais*, 173/744).

Observe-se, finalmente, que o reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias, tem direito de optar entre o seu valor atual e o custo respectivo (Código Civil, artigo 519).

10. Eis aí, em rápida exposição, alguns aspectos em torno da ação de reivindicação, em virtude dos quais não é difícil certificar-se que se trata de tema fascinante, nem sempre fácil, a exigir do aplicador da lei a máxima diligência no seu exame.

Dentre tôdas as demandas, é ela das mais complexas, sobretudo quando concernente a terras do sertão, devido às deficiências dos títulos e ambigüidades existentes na especificação de topônimos, notadamente córregos e águas.

De fato, nem sempre são claros os títulos oferecidos pelos litigantes; confusões se apresentam em suas enunciações. Outras vêzes, vários títulos se superpõem, com inconciliável diversidade de denominações, criando destarte o *grilo*, que, na frase de ASSIS CHATEAUBRIAND, é a arte de tirar o direito do nada, ou, como diz MONTEIRO LOBATO (*Onda Verde*, pág. 10), é uma propriedade territorial legalizada por meio de título falso.

Só a prática, haurida no trato diuturno dessas demandas, logrará habilitar o aplicador da lei a bem apreciá-las, despertando-lhe a acuidade e credenciando-o a identificar a burla na luta judicial travada. Mas as idéias acima expostas são fundamentais, constituindo os indispensáveis rudimentos para bem compreender o processo reivindicatório, tão rico de colorido e interêsse, não só prático como teórico, no quadro geral das ações.

# Tipicidade e atipicidade nos atos administrativos.

*Fernando Henrique Mendes de Almeida*

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

## I.

### Prolegómenos.

1. A compreensão do presente escôrço exigirá do seu leitor inteira atenção para as idéias que, a seguir, vamos colocar em foco. Da atividade que o Estado realiza para cumprir seus fins essencial e accidental, parte, pressupondo contenda, exige distribuição de justiça e, assim, atos de jurisdição. Mas, outra parte, bem mais extensa do que se supõe à primeira vista, porque não a exige e até vem a ser meio de promover o bem-estar dos administrados, é atividade que não pressupõe contenda e, portanto, ou diz respeito à fase de estruturação do Estado (regida pelo Direito Constitucional) ou se endereça diretamente ao Direito Administrativo como: a) atividade por que o Estado tutela o Direito, ainda que sem distribuir justiça (atividade Jurídica não contenciosa) b) atividade para realização de bem-estar de todos os administradores. É o que, no nosso entender, pode ser chamado: *atos administrativos em gênero*, procedam êles de qualquer dos três poderes em que se resolve a divisão de trabalho da Soberania.

2. Dos atos administrativos em gênero podem-se distinguir, em face das idéias que acabamos de reproduzir, aquêles que se reconhecem fãcilmente como fatôres da tutela do direito, sem envolver demanda, e como fatôres do bem-estar dos administrados, aquêles que o Executivo realiza habitualmente e aquêles que, realizados por outros poderes do Estado (Legislativo e Judiciário) são formal e materialmente tarefas em que nem de longe deve ser lembrada a idéia de jurisdição. São os atos administrativos típicos, como, por exemplo, uma nomeação de funcionários por um dos três poderes. Contudo, há, ao lado dêsses atos ora recognoscíveis pela procedência (Executivo) ora recognoscíveis pela substância (as do Legislativo e os do Judiciário, como no caso do exemplo acima apontado) outros que emergem de tarefas judiciárias e de órgãos auxiliares, ou, ainda, de tarefas do Legislativo e, embora pela *forma* possam, por mera tradição doutrinária, parecer estranhos ao Direito Administrativo, não o são. Não o são e ao contrário do que se pensa, constituem a categoria dos *atos administrativos atípicos*, arrebatados do território da nossa disciplina e aclimados no Direito Judiciário, principalmente, em obediência apenas a razões de método. Referimo-nos aos: a) atos da chamada “Jurisdição graciosa”, quanto ao Poder Judiciário; b) atos de expediente das secretarias de quaisquer ramos do Legislativo; c) atos de órgãos da fé pública.

3. Os atos da chamada “jurisdição graciosa” são aquêles em que, em acuda de administrado e porque as leis o impõem, o juiz aparece e, no entanto, não pondo têrmo a demanda alguma porque esta não existe, tutela direito, sem distribuir justiça. São, portanto, atos que não envolvem jurisdição e, assim, se resolvem em *atividade jurídica não contenciosa judiciária*. Os atos de expediente das mesas legislativas, pela mesma razão, são atividade jurídica não contenciosa e, assim, aquêles que, para o bem da segurança dos negócios particulares, os órgãos do tabeliado e das escritanias realizam para os administrados porque a lei o

impõe. Dêstes últimos e dos primeiros, dissemos, já, que constituem:

atos administrativos atinentes à Administração Pública do Direito Privado, praticados:

- a) pelas autoridades judiciárias;
- b) pelos órgãos auxiliares da Justiça (órgãos da fé pública).

Eles, porém, se podem considerar, antes de mais nada, atos administrativos *atípicos*, porque administrativos materialmente (visto que não contenciosos) na forma não oferecem meios de fácil identificação em virtude de uma destas circunstâncias:

- I) provirem de órgãos judiciários e auxiliares dêstes;
- II) terem forma de atos de jurisdição ou de meios de satisfação das provas, sem serem jamais *jurisdição*.

4. A atipicidade realmente favoreceu no passado, como no presente ainda favorece, o método de ensinar Direito Judiciário. Mas, se assim foi e assim é, colocou os mestres desta disciplina na necessidade de dar à palavra *jurisdição* elasticidade tal, que não encontra eco na realidade das cousas e, sobretudo, perde valia, quando é observado que o juiz (autoridade específica para a função de dizer do direito para pôr termo a demanda), embora atenda, pela jurisdição à causa final do Poder Judiciário, é, na prática, bem mais realizador de Administração Pública do que se supõe, visto como maior é o número de suas tarefas em que não existe o pressuposto da *contenda* do que o daqueles em que ela existe.

## II.

### A atipicidade e suas espécies.

5. A atipicidade no chamado “ato de jurisdição graciosa” pode provir de resistência doutrinária. Não levare-

mos em conta esta atitude mental, porquanto: embora entre processualistas haja divisão de correntes acêrca da pertinência dêsse território do Direito Administrativo no Direito Judiciário, as formas do “gracioso” ainda se encontram nos códigos de processo civil e aos mestres da última disciplina referida compete ensiná-las. Mas, a atipicidade que impressiona, no caso, realmente, pode provir:

a) da circunstância de o Juiz, aos olhos do vulgo, não ser administrador; ou,

b) da circunstância de alguns órgãos da fé pública serem decorrência de espécies do gênero de conferimento de *exercício privado do serviço público*, como é o caso dos tabeliães, cujos serventuários não têm a qualidade de funcionários públicos.

Relativamente à primeira questão, seria preciso que a idéia de Administração Pública em sentido objetivo e material fôsse privativo do Executivo, para que o Juiz-Administrador fôsse uma aberração. Ora, o Juiz-Administrador é regra; o Juiz-Distribuidor da Justiça através da Jurisdição é que é exceção.

Quanto à segunda questão, que é de discutibilidade imensa, não se concebe que a fé pública, como serviço público, seja exercida a título privado, para o efeito de o tabelião e seu oficial-maior serem funcionários e não o serem os empregados do tabelionato, porque o ato administrativo emanado de agente incompetente é nulo e, com maior razão, se emanado de quem não é funcionário ao menos no sentido formal.

6. De qualquer modo, a *atipicidade* que acabamos de mencionar é *subjetiva*, porque emana do fato de o agente do ato, na compreensão comum, não poder praticar atos administrativos, impressão desmentida pela realidade (v.g. a nomeação de funcionário para serviços de tribunal) através de atos administrativos típicos.

7. Outra atipicidade, entretanto, existe, a qual emerge da doutrina. É que veremos, a seguir.

Realmente, os mestres de processo civil (e, entre os nacionais, podem ver-se: JOÃO MENDES JÚNIOR, GABRIEL DE REZENDE FILHO, MOACYR AMARAL SANTOS e PAULA BAPTISTA) dão à palavra *jurisdição* ora o sentido de dizer do direito para pôr termo a demandas, ora o sentido de dizer do direito. O que, porém, já é reconhecido por eles (e PAULA BAPTISTA chega a falar em “jurisdição administrativa”, expressão que é, a um só tempo, reconhecimento de atividade administrativa do Juiz e contradição formal ao menos) é que, no dizer o direito aplicado ao fato, o juiz nem sempre está diante de autor e réu. Daí resulta que a atividade administrativa atípica realizada no cenário judicial do amigável sofre a resistência de ser reconhecida como o *que é*. Tal resistência, sob os nomes de “*graciosa*” ou “voluntária” ou de “partes in volentes”, é clássica. Por isto, a atipicidade, ora caracterizada e à qual damos o nome de objetiva, deflui de se pretender que as partes, na “jurisdição graciosa”, vão a juízo porque a lei lhes impõe, mas, dependem de jurisdição, ainda que não sejam respectivamente autor e réu. É de se esclarecer, no entanto, que este entendimento não pertence aos escritores processualistas (como os acima lembrados e tantos outros). Ele emana, todavia, de dois preconceitos:

a) o da visão unilateral de profissionais que vêm em todos os atos e termos de processo não apenas o *judicial* (o que estaria exato), mas, ainda o *jurisdicional*;

b) os “*idola tribus*” que levam juizes a dar a suas prolações em processos administrativos realizados em juízo o caráter sagrado de “*res judicata pro veritate habetur*”.

7. Desnecessário é prosseguir no estudo da *atipicidade*, de que nos ocupamos neste artiguete. Os autores estão a reconhecê-la, já como processualistas, já como administrativistas. Se a regulação tradicional da chamada “jurisdição graciosa” é dos códigos de processo civil, deixá-la ficar ai,

onde está bem, como sempre esteve. Não seja isto, entretanto, causa para que lhe neguem o que é de sua natureza. E o que é de sua natureza, ou antes: o que é de sua essência é ser atividade administrativa, da espécie: atos da *administração pública do direito privado*<sup>1</sup>. E isso se dá em virtude de a lei exigir, para muitos atos de interêsse dos particulares a superestruturação plasmada em atos administrativos<sup>2</sup>.

### III.

#### A atipicidade na chamada “jurisdição graciosa” é o seu problema doutrinal crucial.

8. A justiça, formalmente considerada, atuará sempre através da jurisdição? A esta pergunta responde negativamente uma respeitável lição<sup>3</sup>. Mas, justiça material sabemos que pode ser feita até de homem para homem, nos limites da ordem jurídica<sup>4</sup>, e que, portanto, pode ser feita pelo juiz, excluída da jurisdição como fator de solução<sup>5</sup>. Este argumento para aquêles que, como nós, entendemos que a *tutela do direito*, exclusão da fluída da jurisdição, é obra da administração pública no sentido material reconduz plenamente nossa opinião ao ponto de partida do presente trabalho<sup>6</sup>. Também nós entendemos que tutelar o

---

1. A expressão é de ALBERTO HÄNEL, como vem em citação de ZANOBINI (*L'Amministrazione Pubblica del Diritto Privato*), na Rivista di Diritto Público, vol. X (1912) p. 16 e nos *Scritti Vari di Diritto Pubblico* (1955), p. 19, nota 1.

2. Esta circunstância exclui, desde logo a procedência do adjetivo “voluntária”, que se costuma aditar à palavra “jurisdição”, sempre que esta nada mais é do que “administração” Veja-se a extensa bibliografia que ZANOBINI (*ob. cit.*, p. 29 dos *Scritti* citados) oferece.

3. A de ZANOBINI (*ob. cit.*, nos *Scritti*, cits., p. 35).

4. Seria uma defesa preventiva do direito sob a forma privada.

5. Veja-se ZANOBINI (*ob. cit.*, nos *Scritti* cits., p. 35) e GLÜCK (*Commentario alle Pandette*, II, parág. 193).

6. ZANOBINI (*ob. cit.*, nos *Scritti*, p. 39, n.º 7 do texto) concede que seja *administrativa* — na chamada “jurisdição voluntária” apenas

direito não é unicamente distribuir justiça, no sentido material, por isso que há tal tutela também em declarar direitos através de leis e manter a ordem externa e interna. Mas, o que não aceitamos é que a justiça material (possível de ser realizada: pelos homens, nos limites da ordem jurídica; pelo Estado, através de órgãos judiciários e administrativos), não vinda da jurisdição e não endereçada nem a autor, nem a réu deixe de ser *administração* quando realizada através de *atos vinculados*. Por que? Precisamente porque, no campo do Direito Administrativo (onde, como é lógico também se faz justiça, nos limites da ordem jurídica) a vinculação não foi jamais obstáculo à identificação de um ato administrativo.

---

a parte em que o juiz tiver a seu favor o *discricionário*, porque — argumenta êle — onde o administrado puder vir a ter *direito* no procedimento judicial subordinado à chamada “jurisdição voluntária” presume-se que a lei (sem cuidar de contraste de interesses ainda) submete ao juiz o caso em favor de temor de lesões de interesses possíveis.

# A Assistência nas Ordenações do Reino.

*Moacyr Lobo da Costa*

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

1. Na tarefa hercúlea e monumental da codificação do direito português, iniciada no reinado de D. João I pelo famoso Corregedor “o mestre João Mendes” e terminada em 1446, no reinado de D. Afonso V, pela comissão de juristas presidida pelo corregedor Lopo Vasques, aproveitaram os compiladores as leis promulgadas desde D. Afonso II, as resoluções das côrtes, as concordatas celebradas por D. Diniz e D. Pedro, mas, como observou autorizado historiador daquêle direito, “a principal fonte, porém, foi o Direito Romano e o Direito Canônico, dos quais os compiladores extrairam títulos inteiros, além das muitas referências a um e outro, que a cada passo se encontram por todo o corpo desta obra”.<sup>1</sup>

Com referência à intervenção de terceiros no processo pendente entre outras partes, com a finalidade de evitar o prejuízo decorrente da sentença, os compiladores das *Ordenações Afonsinas* acolheram, apenas, os princípios do Direito Romano sôbre a apelação do terceiro.

Não se encontra naquelas *Ordenações* qualquer texto a propósito da intervenção em primeira instância.

Da apelação de terceiro trata o tit. LXXXV, do Livro III — “dos que podem apelar das sentenças dadas entre as

---

1. COELHO DA ROCHA, *Ensaio sôbre a história do Govêrno e legislação em Portugal*, p. 118.

outras partes” — reproduzindo os conhecidos textos do Digesto L. 49 tit. 1, sôbre a apelação dos herdeiros, legatários, fiadores etc., para proteção de seu interêsse contra o conluio das partes. São as mesmas regras de ULPIANO, MARCIANO e MACRO que os compiladores traduziram e incorporaram nas *Ordenações*. O princípio é o mesmo: permite-se a apelação do terceiro, que não é parte no processo, quando seu interêsse fôr prejudicado pela sentença em virtude de dolo ou conluio das partes.

Essas normas, com ligeiras modificações de redação, foram reproduzidas nas *Ordenações Manoelinas*, do Livro III, tit. LXVII.

Na nova codificação promulgada pelo “O Venturoso”, em 1521, também, a intervenção do terceiro prejudicado foi disciplinada, apenas, em grau de recurso, como apelação. Quanto à *assistência*, em primeira instância, depara-se, contudo, com uma referência incidente, no título que regula “a ordem do juízo”, a demonstrar o reconhecimento dessa prática, não obstante os compiladores não tenham estatuído a seu respeito, destacadamente, como figura processual própria.

Nas disposições sôbre a assinatura de termo para razoarem os procuradores das partes, foi previsto que “E se vier algum *Assistente* a cada huma das partes, ou for chamado por auctor, e quizer ajudar o reo, e cada hum quizer fazer seu Procurador, e não o que cada hum das partes tem feito, podel-o-hão fazer: porem não será assinado termo a cada hum dos ditos Procuradores per si, mas ajuntar-se-hão ambos os Procuradores, ou os mais que forem, e farão hum só razoado.” (L. III, tit. xv, § 14).

2. O acolhimento da *Assistência*, como figura processual própria, no direito português, ocorreu pouco depois da promulgação das *Ordenações Manoelinas*.

Trata-se de criação de uma lei extravagante, a célebre Carta Régia de 5 de julho de 1526, de D. João III, que estabeleceu a nova ordem do processo civil. Essa lei foi con-

solidada pelo jurisconsulto DUARTE NUNES DO LIÃO, na “compilação” que realizou a mandado del rei Dom Sebastião, em 1569, e se tornou conhecida por “Código Sebastiãoico”.

Esse Código trata na Parte III, “das cousas judiciaes”, dispondo no título 1, L. 7, § 29:

“E vindo algũa pessoa assistir a huma das partes, prosseguiraa o feito nos termos em que estiuer e se procederaa na *assistencia*, segundo direito e forma desta ordenação.”<sup>2</sup>

O preceito foi reproduzido na lei de 18 de novembro de 1577, § 15,<sup>3</sup> passando, depois, para as *Ordenações Filipinas*.

3. A possibilidade do terceiro interessado intervir na causa, como *assistente*, para obstar ao conluio das partes, já era proclamada por arestos judiciais, anteriores ao Código Sebastiãoico. A êsse propósito JORGE DE CABEDO refere um Aresto do ano de 1560, e acentua “quod est maximé notandum”.<sup>4</sup>

---

2. DUARTE NUNES DO LIÃO, *Leis extravagantes, collegidas e relatadas per mandado do muito alto e muito poderoso Rei Dom Sebastião, nosso Senhor*, Coimbra, 1796, p. 335.

3. Cf. JOSÉ ANASTÁCIO DE FIGUEIREDO, *Synopsis Chronologica de subsidijs ainda os mais raros para a História e Estudo crítico da Legislação Portugueza*, Lisboa 1790 t. II p. 181.

4. JORGE DE CABEDO, “Decisionum Supremi Lusitanae Senatus”, ULYSSIPONE, MDCIV, pars secunda, p 195: Arestum LXXXVI: No mesmo feito do Conde do Demira com Alvaro de Sousa, se moveo por duvida, se podia hum filho do dito Alvaro de Sousa, por nome Diogo Lopez de Sousa, e a quem por morte do dito Alvaro de Sousa seu pay vinhão as terras, que o Conde lhe demandava, assistir na causa ao dito seu pay, pello prejuizo, ou interesse, que se lhe seguia; por quanto o dito seu pay estava mal com o dito filho e se não falavão por inimzades que entre elles avia, e temia-se o filho, que ouvesse da parte do pay algum conluio na demanda.

E determinou se, que podia assistir a seu pay, per causa das ditas inimzades e conluio que se presumia: e que os procuradores do pay:

Dos juristas portugueses dêsse período, JORGE DE CABEDO foi o primeiro a tratar com autoridade e desenvolvidamente da *assistência*, baseando-se na doutrina dos glosadores e seguindo de perto, particularmente, a COVARRUBIAS.

Encontram-se no seu famoso livro de Decisões alguns conceitos que iriam servir de fundamento, posteriormente, à doutrina dos comentaristas das *Ordenações Filipinas*, na interpretação do dispositivo que disciplinou a *assistência*.<sup>5</sup>

Ante a sabida circunstância de ter sido o jurisconsulto JORGE DE CABEDO um dos encarregados da compilação das *Ordenações* del rei Dom Felipe, — o principal compilador, ao ver de CANDIDO MENDES DE ALMEIDA<sup>6</sup> — não parece desarrazoada a hipótese de se lhe atribuir a inspiração do texto que, naquêl monumento jurídico, os compiladores introduziram, a propósito da intervenção do terceiro interessado, em primeira instância, sob a forma de *assistência*, de par com a apelação do terceiro prejudicado de que trata o título LXXXI, do Livro III, nos mesmos casos já contemplados nas *Ordenações* anteriores.

“E vindo alguma parte *assistir* ao autor ou ao réo, será obrigado a tomar o feito nos termos, em que estiver, sem ser ouvido ácerca do que já fôr processado, posto que o pretenda ser per via de restituição, ou per outro qualquer modo. E se a *assistência* fôr depois de ser dada a sentença na mór alçada, poderá o *assistente*, per via de restituição, ou per outro modo jurídico, allegar contra a

---

e do filho, se ajuntassem ambos pera correr com o feito no mesmo termo: conforme a Ordin. do lib. 3 titul. 20. § 41. *incipit*, E posto que escrivão Pero Almirante, anno 1560. *quod est maximè notandum*.

*Et vide ad illam Ordin. text.* in 1. justissime, 44. D. de aediliti. edict. si familiae. 48. *ubi* DD. D. fam. erciscund.

5. Ver, especialmente, a *Decisio* xcvii, nrs. 13, 14 e 15, e a *Decisio* cxix n.º 7; *in op. cit.* pars secunda, p. 147 e p. 170.

6. CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, *Auxiliar Juridico*, Rio de Janeiro, 1869, p. 616 nota 1; e *Código Philippino*, 14.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1870, p. xxvii.

dita sentença o que lhe parecer ácerca do prejuizo, que ella lhe faz, sem o principal, contra quem se deu a sentença, ser mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interesse.

E na *assistencia* se procederá na forma de nossas Ordenações e Direito”. — Livro III, tit. xx n.º 32.

Para explicar êsse texto e suas implicações, os comentaristas socorreram-se dos princípios enunciados por CABEDO, em suas decisões, citando-o, seguidamente, ao lado de COVARRUBIAS.<sup>7</sup>

SILVA, em duas páginas de seus comentários, “Ad § xxxii”, cita-o dez vêzes<sup>8</sup>; ao expôr a regra de que o terceiro assistente não pode alegar nem provar sinão o que pode o principal, a quem defende e coadjuva, ainda que êsse terceiro seja menor, e peça por via de restituição, SILVA declara, “ut expresse decidit textus noster”, mas, repete a advertência de Mendes, nas anotações a Castro, “quod secus est de jure communi, secundum quod loquutus est CABEDO, 2 p. decis. 97 n. 15”<sup>9</sup>; e, ao tratar da assinatura do térmo para

---

7. Confira-se, a título exemplificativo: CABEDO escreveu “& ob hoc si contingeret, quod in causa partes citanda sint, quia elapsis sunt sex menses quod acta dormiunt, quando actor citatur & reus etiam citari debet assistens uni ex illis, per doctrinam BALDI,” — *Decisio* cxix, n.º 7, *op. cit.* p. 170; PEGAS repetiu: “Nota, quod talis assistens dicitur pars in causa, et ideo post lapsum sex mensium debet citari, Cabed. 2 p. D. 119 n. 7” — MANOEL ALVARES PEGAS, “Commentaria ad Ordinationes”, tomus decimus quintus, Ulyssipone, MDCCCLIX p. 71; e, também, SILVA: “Nota etiam, quod quando partes sunt citandae, quia elapsi sunt sex menses, quod acta dormiunt, citari debet etiam assistens una cum actore, & reo. Caed. 2 p. decis. 1 n. 13 (*sic*, deve ser êrro de impressão; o certo é decis. 119 n. 7) ubi tenet, quod ad singulos actus citari debet assistens.” — MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *Commentaria ad Ordinationes*, tomus primus, Ulyssipone MDCCXXI, n.º 17, p. 108. — Ver, também, JERONYMO PEREIRA DA SILVA, *Repertorio das Ordenações*, Coimbra MDCCCLXXXV, tomo 1 p. 242 nota b.

8. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* pp. 107 e 108.

9. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* n. 4 p. 107.

razoarem os procuradores das partes, no § 41, onde se declara “e se vier algum assistente”, SILVA comentou: “Decidit textus, quod tam Advocato assistentis, quam partis, cui assistit, unius tantum terminus assignatur, in quo ambo simul unicam faciant allegationem; ita iudicatum refert CABEDO, 2 part. arrest. 86”<sup>10</sup>

De igual modo MENDES DE CASTRO<sup>11</sup>, ao dissertar sobre o processo civil em primeira instância, cita-o, ao lado de COVARRUBIAS, a propósito do “De tertio assistente”.

E o grande MELLO FREIRE, na sua exaustiva definição de assistente, que de tão repetida pelos pósteros tomou visos de clássica, invoca, por duas vezes, a autoridade das decisões de CABEDO, para delinear os contornos daquela figura processual.

“*Adsistens*, qui et suam, et alienam causam defendit, is dicitur, qui iudicio adcredit actoris, vel rei adjuvandi gratia, veluti filius patri in causa majoratus, Cabed. P. II, Arrest. LXXXVI; dominus directus emphyteutae in causa emphyteutica; venditor emptori, a quo res vendita et tradita petitur; et omnes denique auctores, qui in alium rem suo nomine quocumque titulo oneroso transtulerunt, reo super eadem convento, Ord. lib. 3. tit. 45 (Tit. iv § XII).

Adsistens et ante et post litem contestatam intervenire potest, imo et post sententiam, quae in rem iudicatam non transiit, causam tamen, et processum in statu, quo est, adsumit; nec admittitur, quin statim summarie probet sua interesse, ut liti adjun-

---

10. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* p. 115.

11. MANOEL MENDES DE CASTRO, *Practica Lusitana*, tomus primus, Conimbricae, MDCCXXXIX, p. 352 — dêsse autor disse PONTES DE MIRANDA ser “o maior dos processualistas de Portugal e do Brasil”.

“*Comentários ao Cód. de Processo Civil*”, 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro 1962, tomo xv p. 356.

gatur, ne illius protrahendae causa obtrudi videatur, Ord. lib. 3 tit. 20 § 32, cap. ult. ut lit. pend. in 6; Cabed. P. II, Decis, 97 §§ 13.14.15”<sup>12</sup>

Tais indícios militam em favor da hipótese aventada. Concorre, ademais, o fato de PEDRO BARBOSA, o “insigne”, a quem MELLO FREIRE<sup>13</sup> atribui a primazia entre os compiladores das *Ordenações Filipinas*, só ter escrito sobre a *assistência*, após a promulgação das *Ordenações*, em seu livro de comentários para a interpretação da lei “De iudiciis”, publicado em 1613<sup>14</sup>, e dos outros compiladores e revisores não terem se ocupado com os problemas jurídicos da *assistência*, em seus escritos.

Este eminente jurista, ao discorrer sobre a “Legis Venditor xxxix, De iudiciis”<sup>15</sup>, examina e discute as várias questões que se apresentam com a intervenção do vendedor, como *assistente*, na causa entre o comprador e o reivindicante da coisa vendida, assentando algumas regras que serviram, também, para a posterior elaboração da teoria processual da *assistência* no direito português.<sup>16</sup>

4. De notar-se que, tanto JORGE DE CABEDO como PEDRO BARBOSA, os dois principais compiladores das *Ordenações Filipinas*, escrevendo sobre a *assistência*, por sua vez, fundamentam sua opinião, de maneira explícita, na doutrina dos glosadores, mas, o autor mais freqüentemente citado, em cuja lição procuram apoiar os conceitos que vão emi-

---

12. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*”, editio quinta, Conimbricae, 1853, liber IV, p. 125.

13. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Historiae Juris Civilis Lusitani*, Ulyssipone 1788 § XCIII p. 102.

14. PEDRO BARBOSA, *Commentarii ad interpretationem Tituli ff. De iudiciis*, Ulyssipone 1613.

15. PEDRO BARBOSA, *op. cit.* p. 328.

16. PEDRO BARBOSA, *op. cit.* ver, particularmente: nrs. 103, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 136, 137, 140, 165, 177, 178 e 179, de p. 332 a 337.

tindo e firmando, ao longo de suas páginas, é o célebre DIEGO DE COVARRUBIAS. CABEDO, na mesma decisão, cita a COVARRUBIAS cinco vêzes, inclusive para contrapôr sua doutrina à de BARTOLO.<sup>17</sup>

PEDRO BARBOSA, igualmente, num mesmo comentário, cita a COVARRUBIAS duas vêzes, em abono de sua interpretação.<sup>18</sup>

COVARRUBIAS, que foi o maior jurista espanhol do século XVI, cognominado o “Bartolo espanhol”, exerceu, com seus escritos, enorme e preponderante influência sôbre o direito de tôda a península e não apenas de sua Pátria.

---

17. “Item adsistens est quodammodo consors ejusdem litis, & assumit causam in eo statu, in quo est, cum ipse ad illam accedit sive ultro sive vocatus, ut est Ord. expressa tit. 20 § 32. quae videtur desumpta ex text. in cap. ultimo ut lite pendente. lib. 6 de quo late Covarr. pract. cap. 13. a n. I. Idque etiam si adsistentis intererit causae defensio, secundum allegatos à Covarr. *ibidem*. & ideo potest allegare, & probare omnia, quae principalis nom allegavit, nec probavit. Gloss. communiter recepta in 1. si suspecta. D. de in offic. testam ubi Angel. Perus. Colum. 2. Covarruv. ubi supra, columna. 3 vers. primum ex his.”

“Insertur etiam ex supradictis, quod iste adsistens non poterit allegare, nec probare, quae principalis eo tempore jam non potest; & ideo non potest testes producere in judicio post publicationem attestationum, ac denique eo tempore, quo non possit reus ipse principalis, etiam si adsistens ignoravit causam agi, testes produci, ex Covarruv. ubi supra, colum. 3. versicul. secundo hinc apparet num. 2. cum Innocent. & Anton. in cap. cum super. de re judic. & allis, quos refert, & sequitur contra Bartol-Abb. Felinum & alios, ex eo quia debet assumere causam in eodem statu, ut pars, & litis consors, cui praejudicium imminet, si reus ipse sit victus, & per sententiam condemnetur. Et ibi denique tenet, & vehementer asseverat, non licere adsistenti allegare quae principali de jure non licent, eo tempore quo assumit causam. Quod tamen fallit, nisi adsistens sit minor, quia per restitutionem licebit illi ea allegare, & probare, quae principalis non potest, cui quidem ad hoc proderit ipsius minoris impetrata restitutio, secundum Covarr. quest. 14 col. 8.” JORGE DE CABEDO, *op. cit.* p. 147.

18. 124 — “Si autem compareat, post finitam dilationem concessam emptori ad probandum cum debeat assumere litem in terminis in quibus erat tēpore assistentiae, ut dictum est, non poterit hoc casu novas probationes facere, quantumcunque alleget, se ignorasse dilationem

Em Portugal, atestam a assertiva as abundantes e frequentes citações de sua opinião, especialmente, a propósito da *assistência*, que fazem os decisionistas e comentaristas.<sup>19</sup>

Não será descabida, pois, a afirmação de que a doutrina portugueza da *assistência* foi construída a partir dos ensinamentos do eminente jurista hispânico.

Em vez de traduzirem diretamente dos textos romanos, do Digesto e do Código, como o fizeram para a apelação do terceiro prejudicado, os juristas portugueses do século XVI e começos do XVII, que elaboraram os preceitos a propósito da intervenção do terceiro interessado na demanda, em primeira instância, sob a forma da *assistência*, foram buscar nas lições do “Bartolo espanhol” os característicos dessa espécie de intervenção de terceiro, transplantando-os para o direito português.

5. No livro consagrado ao exame de questões práticas, COVARRUBIAS dedica um longo capítulo ao problema do terceiro opositor e à discussão das opiniões de Bartolo, Baldo, Inocêncio e outros, com a seguinte epigrafe: “*Quid sit precipué observandum ubi qui nondum litigavit, litis & causae examini se offerat: quem tertium oppositorem dicimus*”<sup>20</sup>.

---

datam emptori ut cōtra multos prob. & resolvit *Covar. practicarum quaestionum* cap. 13 nu. 2; 125 — nisi assistens sit minor, qui beneficio restitutionis impetrabit posse producere novos testes glos. 1. si parentes verb. ex persona Cod. de evictio. *Covar. practicarum* cap. 14 nu. 3.” — PEDRO BARBOSA, *op. cit.* p. 333.

19. Cfr. além de CABEDO e BARBOSA, mais MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* pp. 107 e 108; MANOEL ALVARES PEGAS, *op. cit.* p. 71; MANOEL MENDES DE CASTRO, *op. cit.* pp. 54, 55; JERONYMO PEREIRA DA SILVA, *op. cit.*, tomo 1 p. 242, nota b.....

20. DIEGO COVARRUBIAS, *Opera*, Lugduni, MDLXVIII, tomus primus, “*Practicarum Quaestionum*”, cap. XIII, p. 852 — Summarium:

1 Tertius oppositor & litis defensor [ad coadiuvandum admissus, assumere debet litē in eo statu quo erat.

2 Tertius oppositor ad coadiuvandum non potest post publicationē, & conclusionem testes producere.

Por se tratar de obra extremamente rara, de difficil consulta, reproduzimos a parte introdutória dêsse capitulo, que é fundamental para o estudo da história da *assistência* no direito das *Ordenações*:

“Saepissime contingit duobus in iudicio litigantibus tertium quemdam litis, & causae examini se ipsum opponere, & offerre.

Etnim vult hic tertius causam illã vel prosequi, vel defendere: quod multis modis accidere potest. Quorum aliquod nos hoc in loco examinabimus ea ex causa, quod passim viderimus de hac re in supremis Regis tribunalibus satis controverti. Illud veró receptum est, diúque obtinuit, hunc tertium, qui se liti opponit, admittendum esse hoc sanè modo, ut quoties is litem adsumat ad coadiuvandum reum, vel actorem, utque ei *adsistat*: tunc in eo statu causam prosequatur, quo prosequebatur ipse principalis. At sit ad iudicium accesserit hic tertius non ad coadiuvandum alium, sed ad excludendum utrunq̃ à rebus vel à iuribus, de quibus agitur: eo quidem casu admittitur hic ad causam agendam ab initio, ita quidem, ac si ab alio cepta nõ esset:

---

3 Intellec. 1. si suspecta ff. de inoffic & an procedat illud responsum ignorantibus legatariis.

4 Res inter alios acta in iudicio, aliis praeiudicat & prodest quoad quandam praesumptionem.

5 Sententia inter alios dicta plerunque ex propria vi & natura nocet & prodest omninò aliis: & ibi latè intellect. 1. ingenuum ff. de statu homi.

6 Sententia lata super primogenito cum legitimo contradicte, an aliis noceat?

7 Traditur latè interpretatio text. in 1. saepe. ff. de re iudic. in ver. sed scientibus.

8 Intellectus ad text. in cap. penult. de re iudic.

9 Intellectus ad text. in d. 1. saepe. ver. nam et si liberus: & inibi an sententia lata contra vassallum, praeiudicet domino scienti.

omniâq; sunt cum hoc repetenda: nec tenetur hic tertius causam in eo statu adsumere, quo ea quidem erat inter ipsos duos, cui medius hic accedit, tempore oppositionis. Haec distinctio summa denique est totius huius tractatus: & tamen habet adeò dubias & frequentes quaestiones, ut operae precium sit eam explicare paulò diligentius, maximè ad veram interpretationem eorum, quae Bartol. Innocent. & alii hac de re hactenus tradidere.

Prior verò distinctionis pars probatur in cap. ult. ut lite pend. in vj. sic enim ibidem respondetur sanè si ad defensionem ipsius litis aliqui, quorum intererit, petierint admitti: eos in illo statu, in quo ipsam inveneriunt decernimus admittendos. Haec ibi: ex quibus manifestū sit, non esse tertium admittendum, ut novum causae cōsequatur: si ipse accesserit ad defensionem alterius. qui iam causam fuerat prosequutus: imò tenetur, etiam si defensio eius intererit, in eo statu causam prosequi, in quo erat tempore oppositionis. Atque ita visum est Felino in cap. cū super nume. 15 de re iudic. Baldo in auth. nunc si haeres,” etc.

Idem ex d.c. ulti. adnotavit Sebastianus Vantius de nullitati. tit. quis possit dicere de nullitate. num. 25. extat exemplum huic oppositioni de vēditore, qui tenetur de evictione: nam hic opponit se saepissimè liti. & controversiae motae contra emptorē super re vendita, l. veditor ff. de iudic. l. a sententia & d.l. si perlusorio ff. de appellat. idem erit in legatariis defendentibus scriptum haeredem in lite, quae ad testamentum rescindendum adversus ipsum proponitur in d.l. si suspecta. Sunt & alia multa exempla praesertim ex. l. saepe ff. de re iudic. authen. tunc. si haeres. C. de litigio. l. Paulus ff. de procura. l. si pariter ff. de liberali caus. cap. ij. de procu. in vj. cap. ut circa de elect. in vj. Clemen. constitutionem de electione. Igitur quoties venditor

ad iudicium accedit defensurus emptorem, contra quem agitur pro re vendita, adsumere debet litem in eo statu, quo erat tempore oppositionis. Quod & de similibus exemplis dubio procul respondendum erit: qua ratione plures deduci poterunt, quae sunt in praxi maximé notanda ad rectum iustitiae ministerium, & ut calumniis occurramus, quae facilimé contingunt in his oppositionibus: cum plerunque fiant potiús iniuria & malitia, quam iure.”

Sem pretender comentá-los — o que seria inoportuno neste trabalho de investigação histórica — importa, todavia, ressaltar os aspectos dominantes da exposição, quanto à fundamental distinção entre o terceiro que assume a lide, como *assistente*, para coadjuvar o autor ou o réu, e o que ingressa no feito, não em auxílio de outrem, mas para excluir os demandantes, por motivo da coisa ou do direito sobre que se litiga. Também, quanto aos exemplos apontados, todos de origem romana, cuja precípua finalidade prática, segundo COVARRUBIAS, seria o reto ministério da justiça, para prevenir a má-fé, que mais fácilmente ocorre nessas oposições; já que, em muitos casos, surgem mais por malícia e sem razão do que por direito.

6. No texto das *Ord. Fil.* L. III, XX, 32, os compiladores empregaram as denominações de *assistente* e *assistência*, para o terceiro que intervem no processo e para a figura de sua intervenção, já consagradas na legislação extravagante anterior, a exemplo das fontes romanas, — *Dig.* 3, 3, 69 e 5, 2, 29; *Cod.* 4, 48, 1 e 8, 45, 20,<sup>21</sup> — ao contrário do que se verificou na legislação dos principais países da Europa ocidental, como a França, Itália e Alemanha, em que, sob a influência da doutrina dos glosadores do direito comum, o legislador adotou a terminologia por éstes divulgada.

---

21. Cf. nosso trabalho *Origem Romana da Assistência* na *Rev. da Fac. de Direito*, vol. LIX p. 152.

Na doutrina construída pelos glosadores distinguíam-se três espécies de intervenção: 1.<sup>a</sup> — “*interventio ad infringendum jura competitorum*”; 2.<sup>a</sup> — “*interventio ad coadjuvandum reum vel actorem*”; 3.<sup>a</sup> — “*interventio post sententiam ad ejus executionem impediendam*”.

Essa distinção é justamente atribuída a BARTOLO.<sup>22</sup>

Em seus comentários ao *Digesto*, 49, 1, 14, pr. BARTOLO escreveu: “*Videmus quod possit facere tertius qui venit ad causam per alium incoeptam. Circa quod est sciendum quod tertius potest venire ad triplicem effectum. Quandocunque venit ad impediendum ne causam ille qui incoepit agat, seu defendat; quandocunque venit ut ei assistat et probationes inducat et alia faciat ad victoriam consequendam; quodocunque venit post sententiam ad impediendam executionem*”.<sup>23</sup>

Sem embargo de BARTOLO ter escrito adequadamente, a propósito, “*quandocunque venit ut ei assistat*”, a doutrina corrente denominou “*interventio ad coadjuvandum*”, a essa figura, como se lê na generalidade dos autores da época.

Assim, em lugar da *assistência* romana, os glosadores passaram a dissertar sôbre a “*interventio ad coadjuvandum*”.

A lição dos glosadores, repetida pelos escritores dos vários países europeus, acarretou a abolição do emprêgo de *assistência*, de genuína procedência romana, e sua substituição por “*interventio*”, criação do direito comum da idade média que o direito romano desconheceu.

Na França, antigos escritores e repertórios de costumes jurídicos definiam-na: “*La demande d'intervention est, lorsque dans une instance formée entre deux particuliers survient un tiers dans l'instance, soit pour prendre le fait et cause du défendeur, ou pour quelque intérêt particulier et différent de celui des parties, mais qui y a rapport*” — “*Nouveau Style du Châtelet de Paris*”, L. I, t. II, Intervention.

---

22. GIUNIO SABBATINI, *Su L'Intervento in causa*, Roma 1880 p. 15.

23. BARTOLO DE SAXO FERRAIO, *In Primam et Secundam*, Venetiis 1570, IV, p. 211, *de Appellationibus et relationibus Dig.* 49, 1, 14 pr.

Segundo DENIZART, “les praticiens nomment partie intervenante celle qui survient dans une cause civile pour y prendre part, pour conserver les intérêts du defendeur ou les siens propres.”<sup>24</sup>

Das “*Ordennances*” de Abril de 1667 (título XI, art. 28) ao *Côde de Procédure Civile* (arts. 339, 340, 341, 406), “*intervention*” é o t rmo consagrado pelo legislador.

Na Alemanha um antigo escritor definia: “*Actus, quo quis aliena liti sponte se immescet, interventio dicitur*”<sup>25</sup>, e da “*intervens o de terceiros no processo*” trata o Z.P.O., de 1877, no livro I, sec. II, tit. III, §§ 64 a 77, denominando de *intervens o adesiva* no § 66, (*Nebenintervention*) a *intervens o “ad adjuvandum”* do direito comum.<sup>26</sup>

No direito italiano o t rmo “*intervento accessorio*”   tradicionalmente empregado e de uso corrente na doutrina, a partir dos *jurisconsultos* do século XIV, tendo superado por completo a *assistência* cujo conceito, no dizer de SEGNI<sup>27</sup> “*non   portato ad alcun contributo nella costruzione sistematica dell’intervento*”.

O direito português, todavia, manteve-se fiel   terminologia romana, no que foi seguido pelo direito brasileiro.

---

24. *Apud* HENRI BLAVOT, *De L’Intervention*, tese, Paris 1897 p. 17 e JEAN HENRIOT, *De L’Intervention*, Dijon 1903 p. 23.

25. L. B. CLAPROTH, *De Interventione libellus*, Goettingae 1763, cap. III § 34 — FREDERICO GLÜCK, *Comment rio alle Pandette*, trad. Brugi, Milano 1893, Livro V p. 265.

26. As expressões “*nebenintervention*” e “*nebenintervenient*”, empregadas nos §§ 66, 67 e 68 do ZPO, significam “*intervens o adesiva*” e “*interveniente adesivo*”, como foram traduzidas para o italiano por LUDOVICO EUZEBIO, (*Ordinamento della Procedura Civile Germanica*, Torino 1899, p. 12 e 13) e para o castelhano por L. PRIETO CASTRO, apêndice ao *Derecho Procesal Civil* de J. GOLDSCHMIDT, ed. Labor, 1936, p. 781), e não “*assistência*” e “*assistente*”, como as traduziu LOPES DA COSTA (*Da Intervens o de Terceiros no Processo*, S. Paulo 1930 p. 96).

27. ANTONIO SEGNI, *L’Intervento Adesivo*, Roma 1919, p. 67.

7. A intervenção voluntária de terceiro no processo entre as partes, com a finalidade de assistir ao autor ou ao réu, foi disciplinada, expressamente, nas Ordenações Filipinas, do Livro III, tit. xx, n.º 32:

“E vindo alguma parte assistir ao autor ou ao réu, será obrigado a tomar o feito nos termos, em que estiver, sem ser ouvido acerca do que já for processado, posto que o pretenda ser per via de restituição, ou per outro qualquer modo. E se a assistência for depois de ser dada sentença na mór alçada, poderá o assistente, per via de restituição, ou per outro modo jurídico, allegar contra a dita sentença o que lhe parecer acerca do prejuizo, que ella lhe faz, sem o principal, contra quem se deu a sentença, ser mais ouvido como parte, nem se tratar de seu interêsse. E na assistência se procederá na forma de nossas Ordenações e Direito.”

A assistência destinava-se, em seu primórdio, a obstar ao conluio entre as partes com o objetivo de causar prejuizo ao terceiro.

Com essa finalidade foi a figura da assistência conhecida no direito romano, do periodo imperial da “*cognitio extra ordinem*”.<sup>28</sup>

Em Portugal, também, uma das mais antigas decisões judiciais, que se conhece a respeito da assistência, proclamou, explicitamente, a mesma finalidade.<sup>29</sup>

O terceiro era admitido a ingressar no processo, como assistente de uma das partes, desde que alegasse interêsse de impedir o presumível conluio das partes em seu prejuizo, tal como fora estabelecido no direito romano: “*Si suspecta collusio sit legatariis*” Dig. 5,2, 29 pr.

---

28. Cf. nosso trabalho “Origem Romana da Assistência”, na Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo, vol. LIX, p. 152.

29. JORGE DE CABEDO, “*Decisionum Supremi Lusitanae Senatus*”, Ulyssipone, MDCIV, pars secunda, p. 195, Arestum LXXXVI. Ver o inteiro teor dessa Decisão na nota 4.

A finalidade própria da assistência traduzia-se na fórmula “ne fiat collusio.”

Intervindo no feito, como assistente, o terceiro vinha coadjuvar a parte assistida, na defesa da causa, em que tinha, também, interêsse próprio.

Para legitimar a intervenção não bastava o simples interêsse na vitória de uma das partes, mas era necessário que o terceiro tivesse interêsse próprio nessa vitória.

Nos comentários a essa ordenação escreveu SILVA: “Agitur in hoc textu de secunda specie tertii oppositoris, quae contingit quando tertius comparet pro suo interesse ad coadjuvandum scilicet reum, vel actorem, utque eis assistat;” etc.<sup>30</sup>

Cento e muitos anos antes, o insigne PEDRO BARBOSA, dissertando sobre a lei “De iudiciis”, assentara a regra de que o assistente na lide, “propter propriu interesse”, é considerado como autor e deve seguir o fôro do réu, e que, o assistente na lide, “propter propriu interesse”, pode opôr as exceções que o comprador omitiu, ou que não quiz ou não pôde opor, reconhecendo, assim, a existência de interêsse próprio na assistência.<sup>31</sup>

Em consonância com êsse entendimento da doutrina sustentada pelos mais autorizados expositores do direito Filipino, MELLO FREIRE elaborou sua clássica definição de assistente:

“*Assistens*, qui et suam, et alienam causam defendit, is dicitur, qui iudicio adcedit actoris, vel rei adjuvandi gratia, etc..<sup>32</sup>

---

30. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, “Commentaria ad Ordinationes”, tomus primus, Ulyssipone MDCCXLI, ad § XXXII p. 106.

31. PEDRO BARBOSA, “Commentarii ad interpretationem Tituli ff. De iudicii” Ulyssipone 1613, p. 332, n.º 103: “Accedat quod assistens liti propter propriu interesse. consideratur tanquam actor & ideo debet sequi forum rei, ut prosequatur”; p. 337 n.º 178: “Quod assistēs liti propter proprium interesse, potest opponere exceptionem, quā emptor omisit opponere, vel quia noluit, vel quia non poterit.”

32. PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, “Institutiones Juris Civilis Lusitani”, editio quinta, Conimbriae 1853, p. 125.

Aquêlé que defende a sua e a alheia causa.

8. Tema controvertido entre os antigos Praxistas era, não só, o da natureza, como o da prova do interêsse para legitimar a assistência.

JOÃO MENDES JUNIOR dedicou ao assunto um breve, mas erudito, estudo doutrinário, examinando as duas correntes de opinião que se formaram: de um lado, PEREIRA E SOUZA, MARANTA, FRANÇA AD MENDES e SILVÀ exigiam que o assistente provasse logo o interêsse que tinha na causa, e, de outro, MENDES A CASTRO, MELLO FREIRE e ALMEIDA E SOUZA, argumentando que, se para apelar, de acôrdo com a Ord. L. III, tit. 81, basta que o terceiro “aliquahter et appahter” mostre o seu prejuízo ou interêsse, com maioria de razão é isso bastante para ser admitido à assistência; “quamquam interesse solum sit appahtens seu coloratum”, diziam êsses autores, e, acrescentavam, que, “melius est ante tempus occurrere quam post remedium quoahtere.”<sup>33</sup>

SILVA era categórico: “Debet tamen talis tertius, priusquam admittatur, ostendere interesse, quod habet in causa.”<sup>34</sup>

Em sentido contrário argumentou LOBÃO, argutamente: “Ainda que aqui o A. (PEREIRA e SOUZA) no fim da Not. citando a MARANTA e FRANÇA A MENDES exige no Assistente, para ser admitido, provar logo o seu interesse, que tem na defesa da Causa; eu julgo, que não he precisa huma rigorosa prova, mas basta que “aliquahter, et appahter” mostre o seu prejuízo, ou interesse; porque não ha differença em ser admitido, como Terceiro Assistente no progresso da Causa, ou appellar depois da Sentença; e se para appellar, como Terceiro, basta que “aliquahter, et appahter” dê fumos do seu prejuízo, ou interesse, Silv. ad Ord. L. 3 T. 81 in Pr. n.º 29, SCHETTIN. de “Tert. ven. ad causa”

---

33. JOÃO MENDES JÚNIOR, “O interêsse da assistência”, em Rev. dos Tribunais, vol. 3 p, 289.

34. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* p. 107.

P. 2 Cap. I. Da mesma forma quando vem assistir no progresso da Causa; aonde diz HONTALB, “de Jure superven.” Tom. 1 Q. 26 n.º 2, que deve ser admitido, “quamquam interesse solum sit apparens, seu coloratum.”<sup>35</sup>

JOÃO MENDES JUNIOR, embora escrevendo no Brasil, na vigência do Regulamento n.º 737, de 1850, que, a seu ver, acabara a questão, determinando expressamente, no art. 124, que, para o assistente ser admitido, basta alegar o interesse aparente, mesmo assim, tomou partido na disputa doutrinária e manifestou sua opinião: “A causa da assistência, em suma, é a existência do interesse, seja este direto ou indireto, imediato ou mediato; por outra, — desde que haja um prejuizo, ainda que não seja direto e imediato, a assistência deve ser admitida.”<sup>36</sup>

Do mesmo modo, JOSÉ A. ALMEIDA AMAZONAS, dissertando sobre a assistência, depois de referir a controvérsia entre os Praxistas, reproduzindo, em linhas gerais, o estudo de JOÃO MENDES JÚNIOR, conclui que, a seu ver, a razão estava com LOBÃO. “Com efeito, se era permitido a qualquer terceiro apelar de sentença proferida em causa estranha, para a qual não fora citado e na qual nem por qualquer forma intervieria, desde que se sentisse prejudicado, conforme a ordenação do livro 3.º tit. 78, § 1.º e tit. 81 princípio, — razão não havia para que se prohibisse a sua intervenção antes da sentença, como assistente, uma vez que recebia a causa nos termos em que a encontrava. “Melius est ante tempus occurrere quam post remedium quorerere.”<sup>37</sup>

LOBÃO, com a acuidade que lhe era peculiar, antecipava-se na construção da figura do moderno assistente litisconsorcial, sustentando, em contraposição à “communis opinio” que, “não só pode assistir na Causa aquelle, que tem hum direito auxiliante do A. ou R.; mas aquelle, que tem

---

35. MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO, “Segundas linhas”, Lisboa 1855, parte 1, nota 173, p. 48.

36. JOÃO MENDES JUNIOR, *op. cit.* p. 290.

37. JOSÉ A. ALMEIDA AMAZONAS, *Assistência*, tese, S. Paulo 1936, p. 27.

hum Direito próprio e primário, occorrendo a que na Causa entre outros se lhe não maquine, ou della lhe não resulte algum prejuizo consequente”.<sup>38</sup>

Essa lição não prevaleceu. Enquanto estiveram em vigor as *Ordenações Filipinas* o entendimento dominante era no sentido de não admitir que o assistente alegasse direito próprio e primário.

Entendia-se que o assistente devia ter interêsse próprio na vitória do assistido e que, por isso, coadjuvando-o na defesa da causa, estava defendendo a sua própria, mas, não se lhe permitia pleitear por direito próprio e primário.

O interêsse que legitimava a assistência é que, sendo próprio, podia ser primário ou secundário. O interêsse, não o direito do terceiro.

PÉGAS refere, a propósito, a seguinte resolução: “nam quocumque tempore, quo tertius venerit ad iudicium pro suo interesse, non solum primario, sed etiam secundario admittendus est, ex ipsa Ord. L. 3, tit. 20 § 32, maximé dum sententia non est extracta à processu.”<sup>39</sup>

E SILVA doutrinava em seus comentários, de maneira terminante: “Sed hujusmodi tertius non potest allegare, neque probare, nisi id, quod potest principalis, quem ipse defendit & coadjuvat;”<sup>40</sup>

O direito que o assistente defendia na causa era o do assistido, mas fazia-o, por interêsse próprio.

9. A respeito das questões que ocorriam de ordinário no processamento da assistência vigoravam as seguintes regras, expostas pela generalidade dos autores, praxistas, comentadores e decisionistas:<sup>41</sup>

---

38. MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, DE LOBÃO, *op. cit.* p. 47.

39. MANOEL ALVARES PEGAS, “Resoluciones Forenses”, Ulyssipone MDCCXXXVI, tomus sextus, cap. 131, n.º 247.

40. MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* p. 107.

41. Cf. DIEGO COVARRUBIAS, “Opera”, Lugduni, MDCLXVIII, tomus primus, “Practicarum Quaestionum”, cap. XIII p. 852, cap. XIV p. 865; JORGE DE CABEDO, *op. cit.* pp. 147, 170, e 195; PEDRO BARBOSA, *op. cit.*

O terceiro podia assistir na lide mesmo contra a vontade do assistido;

o assistente devia assumir a causa no estado em que se encontrava, no momento da intervenção;

ao assistente não era permitido declinar do juízo, mas, quando o terceiro comparecia em tempo hábil para oferecer a exceção de incompetência do juízo em relação à parte principal, podia fazê-lo;

o assistente podia alegar a suspeição do juiz; a Fazenda Real e o Fisco, quando ingressavam no feito como assistente, podiam declinar do juízo para o seu fôro privilegiado;

o assistente não podia inovar ou mudar a ação, contra a vontade do autor principal;

o assistente podia alegar e provar tudo o que o assistido podia fazer e ainda que por êste fosse omitido;

o assistente podia reconvir ao autor, se o réu não o fizesse;

depois da publicação dos depoimentos, o assistente não podia produzir testemunhas em juízo, ainda que ignorasse estar sendo discutida a causa; a não ser no caso do menor, que pleiteasse o benefício da “restitutio in integrum”;

---

pp. 332 a 337; MANOEL MENDES DE CASTRO, “Practica Lusitana”, Conimbricae MDCCXXXIX, tomus primus, pp. 54 a 55; MANOEL PEGAS, “Commentaria ad Ordinationes”, Ulyssipone MDCCCLIX tomus decimus quintus, p. 71; “Resoluciones Forenses”, vol. cit. n.º 104; MANOEL GONÇALVES DA SILVA, *op. cit.* pp. 106 a 109; tomus tertius, p. 191 nrs. 6 e 9; JERONYMO DA SILVA PEREIRA, “Repertorio das Ordenações e Leis do Reino de Portugal”, Coimbra 1795, tomo primeiro p. 242, nota b.; ANTONIO VANGUERVE CABRAL, “Practica Judicial”, Coimbra MDCCXXX, parte V. cap. VII, p. 369; MELCHIOR PHAEBO, “Decisiones Senatus Regni Lusitaniae”, Conimbricae MDCCXXXVI, tomus secundus, Arestum V, p. 419; J. H. CORRÊA TELLES, “Manual do Processo Civil”, Coimbra 1849, p. 197.

finalmente, o terceiro podia apelar da sentença, mesmo que o assistido não o fizesse.

10. A assistência podia ter lugar, sem qualquer restrição legal, em tôdas as causas, sempre que o terceiro tivesse interêsse próprio na vitória de uma das partes e se destinava a impedir o conluio entre as partes com o fito de prejudicá-lo.

A título de exemplo, os Praxistas indicam algumas causas em que foi admitida a assistência, nos primeiros anos da introdução dessa figura de intervenção de terceiro no processo, no direito positivo da monarquia lusitana, seguindo a lição dos maiores: CABEDO e PEDRO BARBOSA.

MELLO FREIRE, na sua famosa definição de assistente, exemplifica: “*veluti filius patri in causa majoratus, CABEDO P. II, Arest. LXXXVI; dominus directus emphyteutae in causa emphyteutica; venditor emptori, a quo res vendita et tradita petitur; et omnes denique auctores, qui in alium rem suo nomine quocumque titulo oneroso transtulerunt, reo super eadem convento.*”

LOBÃO arrolou mais alguns exemplos, colhidos em outros autores como SCHETTINO e PÉGAS, assim: “na causa da nullidade de hum Testamento entre o herdeiro Escripto, e o Legítimo podem os Legatarios assistir para evitar alguma collusão entre os Contendores.

Se o Testador legou huma cousa litigiosa, como pôde legar, sendo o herdeiro obrigado a prosseguir a demanda ex Ord. L. 4 tit. 10 § fin, tem o Legatario faculdade de assistir a essa demanda, para evitar algum conluio.

Se antes de partilhas por Inventario hum Terceiro adquirio, por qualquer título, a parte hereditaria de hum Co-herdeiro na herança dividunda, pode e deve este Terceiro ser admitido requerente no Inventario para occorrer a algum conluio que se faça em seu prejuizo.

Se pende demanda entre hum Emphyteuta e hum Terceiro, entre os quais possa haver alguma collusão prejudicial ao senhorio, pode este preveni-la, assistindo na causa.

Outro específico exemplo se dá no usufructuario, que se na demanda sobre a Causa da propriedade não pôde ser ouvido, o deve ser como Assistente.”

Com semelhantes exemplos, LOBÃO ampliava o campo da assistência, para torna-la admissível nos casos em que, em razão do prejuízo decorrente, direta ou indiretamente, da sentença proferida na causa entre as partes, era permitido apelar ao terceiro que não participara do feito. Esclarece LOBÃO:

“A razão da Ord. L. 3 Tit. 78 § 1, authorisa todos estes e semelhantes casos, a que podem juntar-se os especificados na Ord. L. 3 Tit. 81, e semelhantes; porque se elles podem appellar depois das Sentenças, que directa e indirectamente lhe são prejudiciaes, ou o podem ser, proferidas em demandas entre Terceiros, segue-se que, “melius est ante tempus occurrere, quam post remedium quorere.”<sup>42</sup>

11. Foi êsse, em linhas gerais, o sistema jurídico que disciplinou a assistência, no regime das *Ordenações Filipinas*.

No Brasil, proclamada a independência, a lei de 20 de outubro de 1823, emanada da Assembléia Constituinte, dispôs que continuariam em vigor as Ordenações do Reino, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais se governava o País até o dia 25 de abril de 1821, enquanto se não organizava um novo Código, ou não fôsem especialmente alteradas.<sup>43</sup>

As *Ordenações Filipinas*, assim, estiveram em vigor, disciplinando o processo das ações cíveis e comerciais, até o advento do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de

---

42. MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA, DE LOBÃO, *op. cit.* p. 48.

43. Cf. CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, “Codigo Philippino”, 14.<sup>a</sup> ed. Rio 1870, Prefácio p. XXXVI.

1850; a partir dessa data, sua aplicação restringiu-se às ações cíveis, até que, pelo Decreto n.º 763, de 19 de setembro de 1890, foi mandado observar no processo das causas cíveis, em geral, o Regulamento 737, com algumas exceções.

Dessa forma, o Livro Terceiro das Ordenações Filipinas deixou de vigorar, no Brasil, como o estatuto do processo civil, em fins do ano de 1890, ao se iniciar o regime republicano.

# Bitributação.

*Geraldo Ataliba*

Livre docente de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Dos mais tormentosos problemas com que se depara a política comercial e econômica internacional e a política financeira nacional é o da bitributação, ou dupla incidência tributária. Para a exata compreensão do sentido e alcance do problema, é oportuno estabelecer sinteticamente o conceito de tributação.

*Tributação* é a atividade que desenvolve o poder público, sobre quantos estejam colhidos por seu poder de imperium, tendo em vista transferir coativamente parcela da riqueza privada para o setor público. O conceito expendido permite abranger, não só a tributação propriamente dita — consistente no levantamento compulsório de fundos para o poder público, com a finalidade de lhe propiciar o sustento de seu aparelho administrativo e suas atividades — como a assim chamada tributação imprópria que, formalmente, obedece à mesma disciplina, mas, é voltada à produção de resultados outros que não a alimentação direta dos cofres públicos. Trata-se da extrafiscalidade ou tributação com fins regulatórios, sociais, econômicos, éticos, etc.. Vai esta compreendida no conceito, uma vez que é fenômeno já corriqueiro na política fiscal, o estabelecimento de tributos com o expresso escopo de transferir para a economia pública — embora não estritamente financeira — recursos e fundos privados, tendência que se vai acentuando, mais e mais, à

medida que se distancia o estado dos estritos padrões políticos do século XIX.

Não é despreciosa, advirta-se, a preocupação com a expressa inclusão, no conceito geral de tributação, das formas assistemáticas de tributação.

É que, da concomitância e concorrência dessas duas categorias, mais agudo vai se tornando, cada dia, o problema da bitributação, agravado pela crescente pressão das necessidades financeiras do estado.

Foi dito que tributação é “atividade desenvolvida pelo poder público” Acrescente-se, a título de oportuno esclarecimento que, segundo princípio geral do direito administrativo — do qual faz parte o direito financeiro — qualquer atividade do poder público encontra, como limite positivo e finalidade última, a utilidade pública e, como limite negativo, a legalidade estrita de sua ação. A atividade da tributação, mais do que as outras atividades administrativas, deve ser estritamente legal.

Desenvolve-se ela, desde o nível político da elaboração legislativa, em plano bastante estrito. Com efeito, deve o legislador atentar para os aspectos políticos, éticos, administrativos e econômicos envolvidos, além de prudentemente curvar-se aos ditames da ciência das finanças.

Fica estabelecido, pois, que a edição das leis tributárias se faz com atenção redobrada a princípios de ordem vária, tudo com a finalidade de se obter o aprimoramento do sistema tributário e reduzir-lhe as imperfeições.

Ensina a ciência das finanças, bafejada pela política, que a tributação deve respeitar a capacidade econômica de contribuinte, isto é, deve deter-se antes do limite representado pela possibilidade de o contribuinte preservar e desenvolver suas faculdades tributárias. A violação de tal limite, impôsto expressamente pela ciência das finanças e pela política e — implicitamente — pelo direito positivo do estado de direito, conduziria ou à destruição da economia privada — o que, entre outros inconvenientes, faria extinguir a própria fonte de receita do estado — ou transferiria, como

observou ALIOMAR BALEEIRO, para o estado, gradativamente, a riqueza dos contribuintes, fazendo desaparecer a economia privada — o que importaria na subversão de nossa ordem jurídica.

Na impossibilidade de avaliar, ainda que aproximadamente, a capacidade contributiva dos sujeitos à sua soberania — pelos inconvenientes óbvios representados pela necessidade de constante e inquisitorial investigação das atividades e patrimônio dos contribuintes — adota o direito financeiro, na conformidade dos ensinamentos científicos das finanças públicas, a técnica de eleger uns tantos fatos da vida econômica, de maior relevância, e fazê-los objeto da tributação.

Em o fazendo, o direito financeiro estabelece *ipso facto* a presunção de que tais fatos, desde que verificados indiciam capacidade econômica e — via de consequência — capacidade contributiva, por parte de quem os pratica, dá causa, ou ainda dêles se beneficia. A tais fatos da vida econômica, revestidos ou não de roupagem jurídica (forma jurídica) se dá o nome de fatos geradores ou *fatos impositivos*.

O conceito de fato gerador, na oportuna afirmação de AMILCAR FALCÃO, é conceito nuclear no direito financeiro. A partir dêle é que se constrói tôda a teoria do direito tributário. Sua importância é decisiva para a conceituação e classificação dos tributos *in genere* e para a distinção dos impostos *in specie*. Tal é sua proeminência e tão transcendental a importância que lhe atribuíram certos autores que AMILCAR FALCÃO designou — repetindo ROTONDI “escola da glorificação do fato gerador” os escritores que, como GIANINI e JARACH, o proclamaram com mais acentuada ênfase.

Com efeito, pode-se dizer que o conceito de fato gerador representa, para o direito financeiro, o que o conceito de crime, para o direito penal. Na sua definição legal estão todos os elementos necessários ao conhecimento, análise, estudo e exame do tributo. De sua concreta ocorrência, nasce a obrigação tributária. Com relação a êle, também,

vige o princípio da prévia legalidade que, parodiando o direito penal, assim se pode enunciar “*nullum tributum sine lege*”.

Isto considerado, é já possível definir-se o fato gerador, conceito do qual decorrem todos os demais do direito tributário e em função do qual se fixam as noções fundamentais interessantes ao conceito de tributação.

É definido o fato gerador como “fato ou conjunto de fatos, a que a lei atribui a virtude de dar nascimento ao débito tributário”. Ou, como o diz ANTONIO BERLIRI, “o conjunto de circunstâncias de fato, dotado de substrato econômico, erigido a fato jurídico, do qual a lei faz decorrer a obrigação de prestar o tributo”.

### Consistência da bi-tributação.

Isto exposto, é já possível primeira aproximação do conceito de bi-tributação. Se, do que se disse, decorre que a bi-tributação consiste na atividade desempenhada pelo poder público — ou por outrem em seu nome — tendente a levantar recursos na economia privada, para prover às necessidades do erário público, mediante a eleição de fatos juridicamente relevantes, indiciadores de capacidade contributiva — a bi-tributação consiste na oneração do mesmo fato, por dois tributos diferentes. Quando o fenômeno ocorre, não somente com relação a dois tributos, mas, com três ou mais, temos, não mais a *bi*, porém, a *pluri-tributação*, tão larga e profundamente estudada pela doutrina.

Conforme já se acentuou — embora rapidamente — a eleição, pelo legislador, de fatos dotados de expressão econômica — para a criação das hipóteses de incidência tributária, configurada pelos diversos fatos geradores — não é arbitrária. Vai êle colher informação técnica na ciência das finanças, que lhe indica — com relativa objetividade e segurança — quais fatos são mais aptos para indiciar a capacidade econômica dos contribuintes. De posse desses ensinamentos, descreve êle as hipóteses de incidência.

### **Problemática da bi-tributação.**

Acontece, entretanto, que, por exemplo no Brasil, o poder de tributar é exercido por três entes distintos, no mesmo território, disputando as mesmas matérias tributárias e tendo por sujeitos passivos os mesmos contribuintes. Na esfera internacional, problema semelhante: a fluidez crescente da economia mundial e a internacionalização dos capitais, assim como, outras situações de fato, ditadas ou ensejadas pelo progresso da civilização, engendram conjuntura também problemática e complexa: são mercadorias em grande volume, transportadas de um país para outro; são pessoas físicas ou jurídicas residentes num país e auferindo rendimento em outro ou produzindo aqui e exportando para alhures. Tais circunstâncias ensejam freqüentemente a oportunidade de pluritributação, dada a sujeição concomitante ou sucessiva de pessoas, patrimônios, rendas e coisas a diversos poderes tributantes.

Na esfera interna do estado federal, o mesmo problema, em escala maior e intensidade mais acentuada, dada a circunstância da unidade econômica nacional. Encerre-se êste tópico ressaltando as inconveniências manifestas, sob o prisma econômico, financeiro, administrativo e jurídico da dupla ou múltipla tributação.

### **Aspectos da tributação.**

Do que veio de ser exposto em ligeiros traços, ressalta desde logo que o problema acenado pode ser encarado tanto sob o aspecto econômico como jurídico. A disciplina jurídica da atividade tributária do poder público é feita segundo a sistemática jurídica e na forma dos princípios da ciência do direito. Assim são engendradas as categorias jurídicas do direito financeiro. Normas jurídicas são impostas pelo poder público e dirigidas ao agir livre do homem.

Ciência normativa, as regras do direito têm caráter e feição próprios. Em nada se confundem com as leis das ciências especulativas, da clássica lição de ARISTÓTELES.

Estas são o enunciado de uma conclusão de observação das ciências causais. A lei da ciência das finanças é o enunciado descritivo da observação de fatos constantes, universais e causais da vida econômica e financeira. Dessa dupla possibilidade de apreensão do problema, decorre a viabilidade do exame do problema da bi-tributação, tanto sob o aspecto jurídico, quanto financeiro. Haverá bi-tributação juridicamente considerada, quando as categorias jurídicas, oneração tributária e fato gerador coincidirem, isto é: quando o fato jurígeno, eleito como imponente, se constitua em ensejo para dois tributos.

Teremos, pelo contrário, bi-tributação econômica, quando — não obstante juridicamente distintos — dois tributos oneram a mesma matéria tributável. Não é constante, nem necessária a simultaneidade das duas circunstâncias. Pode acontecer, e é mesmo freqüente, que a categoria jurídica não se superponha precisamente à categoria econômica. Sobre a pluritributação econômica, aliás — diga-se com ênfase, dada a relevância da afirmação — é ela, mais do que muito comum, necessária.

Basta recordar a fecunda elaboração do jurista tedesco NAWIASKY, sobre as concepções de DE VITTI DE MARCO, introduzida entre nós pelo eminente professor RUBENS GOMES DE SOUSA e que consiste em atentar para que, em essência, sob o prisma econômico, as matérias tributáveis são apenas três: a pessoa, o patrimônio e a renda. Tudo mais que se possa imaginar, em última instância, se reduz a tal simplicidade. Não há dúvida de que as manifestações e aspectos formais de que se podem revestir tais matérias são variados, na mesma medida em que o progresso cultural e tecnológico vai tornando mais diferenciadas as formas econômicas e requintadas as manifestações nascidas das omnímodas relações humanas. Demonstra NAWIASKY, na lição citada que, em última análise, os tributos incidem ou na renda

consumida, ou poupada, ou reinvestida, ou aplicada. Fora disso, incidirá inexoravelmente no patrimônio ou na própria pessoa. Quanto a êste último tipo de tributo — o incidente sôbre a pessoa, enquanto pessoa — assumiu a designação de “capitação”, no passado, havendo quem reconheça em diversos sistemas modernos, aspectos, principalmente, no chamado impôsto de renda, que exibem tal peculiaridade. Assim sendo, temos que a pluritributação, sob o aspecto econômico, latamente entendida, mais do que freqüente e comum, é necessária. Não é, entretanto, a principal preocupação dêste trabalho, que se volta mais para a pluritributação juridicamente considerada, — que seu escopo é desenvolver especulação em tórno de quanto interesse ao direito financeiro.

### Pluritributação internacional.

Verifica-se a pluritributação internacional, sob a perspectiva jurídica, quanto mais de uma nação toma, como objeto de tributação, fatos geradores semelhantes. Tal circunstância importa em graves detrimientos para a economia internacional, para o comércio entre os países e para os contribuintes de todos êles, acarretando, como consequência, dificuldades de ordem jurídica, mas relações internacionais.

Para obviar tais inconvenientes, têm os diversos países tentado, à semelhança das “hansa” germânicas, da época post-feudal, e de sua notável experiência, condicionadora e propiciadora da unificação nacional alemã, o *Zollverein*, consertar acordos bi ou multilaterais. Ou assumindo a forma de tratado tarifário, ou a forma mais eficaz de união aduaneira com a eliminação de barreiras alfandegárias, como a denominada *Benelux* integrada pela Bélgica, Holanda e Luxemburgo, tais acordos têm representado útil experiência da qual se têm valido organismos recentemente criados.

Exemplo fecundo é o Mercado Europeu Comum, nascido do tratado de Roma, firmado pela Bélgica, Alemanha Federal, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, de notáveis resultados para as respectivas economias nacionais e para harmoniosa convivência jurídica comum. O M.E.C. aplica com lealdade e constância admiráveis a “cláusula da nação mais favorecida”, tão salutar ao bom sucesso de tais tratados, consistente na outorga a todos os demais contratantes de todos os benefícios que eventualmente venham a ser concedidos a terceiros países. Outra tentativa de algum sucesso é o G.A.T.T., “Acôrdo Geral de Tarifas”, firmado em Genebra, em 1947, do qual faz parte o Brasil e que, entretanto, enfrenta ainda dificuldades práticas de elevada monta.

### **Pluritributação nacional**

No Brasil, estado federal, o problema da bi-tributação foi enfrentado decididamente pelo legislador constituinte de 46, que lhe deu feliz solução — reconhecem-no escritores do mundo inteiro — ao discriminar rigidamente, na Carta Magna, a competência tributária da União e dos estados. Tendo o diploma constitucional consagrado a autonomia política dos municípios, compreendeu-lhes as rendas expressamente na disciplina repartitória, de tal forma a elidir, por antecipação, os problemas da concorrência de pretensões no mesmo território, sôbre os mesmos elementos econômicos e mesmos contribuintes. GULIANI FONROUGE, eminente doutrinador argentino, não dissimula seu entusiasmo pela solução por nós adotada, capaz de arredar problemas tão graves como os que tanto perturbaram a convivência das províncias federadas da Argentina e estados norte-americanos.

A técnica adotada pelo legislador constituinte brasileiro foi a de outorgar competência exclusiva ou privativa à União, estados e municípios, na decretação de determinados impostos, e competências comum para a decretação de

taxas e contribuição de melhoria. Desejando deixar em aberto a possibilidade de criação de novos impostos, previu, no art. 21, tal circunstância. Exatamente tendo em vista arredar o problema da bitributação jurídica, cuidou de outorgar aos entes tributantes, não simplesmente diferentes “nomines iuris”, mas discriminou os impostos pelos respectivos fatos geradores. A cada cédula de competência — a expressão é de AMILCAR FALCÃO — corresponde um impôsto distinto, extremável dos demais pelo respectivo fato gerador que, como foi visto, é conceito nuclear, definidor de tôdas as características identificadoras, e diferenciadoras dos tributos, em geral, e dos impostos, em particular.

De tal forma agiu o constituinte, tão perfeita foi a discriminação adotada, que ALIOMAR BALEEIRO — talvez o mais autorizado tributarista entre nós — aliás, constituinte de 46, afirmou a impossibilidade de ocorrência de bitributação no Brasil, no que é secundado por RUBENS GOMES DE SOUSA.

Aberta, porém, a possibilidade da criação de novos impostos — de impostos não discriminados expressamente — mediante o art. 21, que veio a outorgar possibilidade à União e aos estados, com exclusão dos municípios, de sua decretação, haveria de surgir ensejo para verificação da bitributação. Com efeito, o art. 21 da Constituição admite possam União e estados instituírem impostos não previstos.

São, por exemplo, o impôsto de consumo de serviços, de vendas civis de móveis, sôbre o patrimônio, etc.. Há quem, na doutrina nacional, dê a tais impostos *in genere* considerados, a designação de impostos “de competência concorrente”. Não aceitamos, *data venia*, tal designação, por tal concorrência não existir, senão em tese, senão quando os poderes competentes ainda não tenham usado da faculdade prevista. Com efeito, dizendo a Constituição que o impôsto federal excluirá o estadual idêntico, o que se tem é um mecanismo exatamente destinado a arredar a bi-tributação e, portanto, a concorrência de competências. Podem livremente a União, o Estado instituírem impostos novos.

Se a União o fizer, entretanto, fica o estado impedido de fazê-lo, quanto ao mesmo fato gerador — elemento de diferenciação e definição dos tributos.

Se o estado instituí-lo antes, quando a União o desejar, excluirá o estado. Esse o mecanismo de funcionamento do art. 21, que tem a precípua finalidade de evitar a bi-tributação. Não cabe, pois, falar em competência concorrente porque esta importaria na bi-tributação, o que se quer arredar.

Tão perfeito é o sistema da Constituição brasileira que se pode afirmar a impossibilidade jurídica, de bi-tributação. Esse caminho, deliberadamente tomado pela nossa Constituição, tendo em vista as experiências brasileiras passadas e a tumultuosa realidade americana, faz da bi-tributação — sob o aspecto jurídico — impossível entre nós.

É verdade que há quem, impugnando esse entendimento, sustente ser possível que dois estados onerem a mesma matéria tributável, mediante impostos de igual configuração. Parece-nos, entretanto, que o legítimo exercício da competência tributária pelos estados no Brasil — observadas as normas gerais de direito financeiro, sobre que tem competência de legislar a União, tendo por objeto obviar a possibilidade de conflitos jurídicos — jamais poderá acarretar, como conseqüência, a bi-tributação.

Pelo contrário, pensamos com ALIOMAR BALEIRO, que é impossível juridicamente, a bi-tributação no regime da Constituição Federal. No Brasil, o conceito de bi-tributação, sob o prisma jurídico, há de ser elaborado à vista da disciplina constitucional da tributação.

Sòmente haverá bi-tributação quando o impòsto nôvo, federal ou estadual, concorrer sòbre o mesmo fato gerador. Nessa hipótese, prevê a Constituição, o federal excluirá o estadual idêntico, afastando a bi-tributação. Essa providência depende de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal e de suspensão da lei estadual pelo Senado. Entendemos que, nesta última hipótese, deve o contribuinte ser

desonerado — por pronunciamento do judiciário — desde logo, do ônus tributário estadual, para arcar com o federal idêntico.

### **Bis in idem.**

Não deve o conceito de bi-tributação ser confundido com aquêle de “bis in idem”. Consiste êste na oneração da mesma matéria tributável, por meio de mais de um tributo. Não se confunde com a bi-tributação, porque os fatos geradores não são idênticos. Trata-se da possibilidade de impôsto concorrer com taxa, sôbre a mesma matéria tributável. Ou de concorrência de taxa com contribuição de melhoria ou, ainda, desta com impôsto, ou de dois impostos, com fatos geradores diversos.

O “bis in idem” é inconveniente e irracional. Desde que ocorra — na esfera de licitude implícita deixada pelo sistema constitucional ao legislador ordinário — não é injurídico. É politicamente condenado e denuncia imperfeição técnica no sistema, a ser corrigido à luz dos ensinamentos da ciência das finanças. Não é, entretanto, inconstitucional, desde que não assuma o caráter de bi-tributação defesa. Ao prudente critério do legislador ordinário cabe providenciar sua progressiva supressão. É para obviar tais inconveniências que a Constituição de 46 outorgou ao Congresso a faculdade de legislar sôbre normas gerais do direito financeiro, instrumento que, se fôr prudentemente manejado, poderá levar ao máximo requinte de perfeição o tão decantado sistema constitucional tributário brasileiro, em seu funcionamento, principalmente no que diz respeito à discriminação de rendas, ao mecanismo e evitação da bi-tributação. Atestar-se-á, assim, o elevado tirocinio de nossos legisladores e a exata consciência jurídica do caráter instrumental de direito.

# Importância e Atualidade do Direito Romano\*.

*Rubens Limongi França*

Docente Livre de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: I. *O Direito Romano na formação do Direito Moderno.* a) Preliminar sôbre a História do Direito Romano. b) As Raízes Romanas do Direito Moderno. II. *O Direito Romano na Formação do Direito Luso-Brasileiro.* c) Das Origens às Ordenações de D. Filipe. d) Das Ordenações ao Código Civil. III. *O Direito Romano no Regime do Código Civil.*

Propomo-nos neste trabalho, à face das injustificáveis investidas com que o Direito Romano se tem defrontado, a ponto de haver uma corrente que o deseja proscrever do currículo do bacharelado, cuidar da *importância* e da *atualidade* da matéria. Da importância, porque, conforme procuraremos demonstrar, não é possível compreender o Direito Moderno sem uma constante referência à suas raízes românicas; e atualidade, porquanto, ainda em nossos dias, o Direito Romano continua a constituir elemento integrante, dos mais significativos, do sistema jurídico em vigor.

---

\* Aula ministrada, na regência de Direito Romano, do Curso Noturno da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo, em 8 de março de 1965.

Assim, a exposição do tema se dividirá em três partes:

- 1.<sup>a</sup> — O Direito Romano na Formação do Direito Moderno;
- 2.<sup>a</sup> — O Direito Romano na Formação do Direito Luso-Brasileiro;
- 3.<sup>a</sup> — O Direito Romano no Regime do Código Civil.

Passemos a examiná-las.

## I. O Direito Romano, na formação do Direito Moderno.

Nesta primeira parte serão abordados dois itens: a) Preliminar sôbre a História do Direito Romano; b) As Raízes Romanas do Direito Moderno.

### a) *Preliminar sôbre a História do Direito Romano.*

Se é verdade que, conforme afirmou STERNBERG, não é possível em tese fazer Direito sem História, o que redundaria forçosamente em desordem e destruição, (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, p. 32, Barcelona, 1940), a certeza desta ponderação avulta em gravidade quando se trata de um tema como o presente, de específica natureza histórico-jurídica.

Daí esta preliminar em que, rapidamente, desejamos assinalar, no evolver da história do Direito Romano, a fase ou as fases em que, de maneira mais significativa, se aprofundam as raízes do Direito Moderno, e, em meio a êste, o Direito Luso-Brasileiro.

Como é sabido, costumam os especialistas expor a evolução jurídica de Roma segundo duas perspectivas, paralelas e complementares uma à outra, denominando-as História Externa e História Interna.

A História Externa é um passar de olhos, por assim dizer, de fora para dentro, por meio do qual se examina mais propriamente o suceder dos fatos que respeitaram às transmutações do Estado, do govêrno romano, e as inelutáveis conseqüências que daí vieram para a formação do

seu sistema jurídico. Assim, a História Externa do Direito Romano tem correspondência exata com a exposição da sua História Política, onde se deparam quatro períodos fundamentais: o Período Régio, que vai desde a fundação de Roma (754 a.C.) até a expulsão dos Reis (510 a.C.); o Período da República, que se prolonga até vésperas da Era Cristã, com a elevação de OTAVIANO AUGUSTO, (27 a.C.); o Período do Principado, instituído por êste soberano e que se mantém até a morte de ALEXANDRE SEVERO (235 d.C.); e o Período da Monarquia Absoluta, o qual, depois de quase cinqüenta anos de gravíssima transição política — a da Anarquia Militar — tem início com a ascensão de DIOCLECIANO (284 d.C.), para só terminar trezentos anos depois, com a invasão dos Godos, alguns anos em seguida à morte dessa figura extraordinária da História Geral e da História do Direito — o Imperador JUSTINIANO, autor do *Corpus Juris Civilis* (565 d.C.).

Já a História Interna é a busca de uma perspectiva de dentro para fora, é a reconstituição do desabrochar das instituições jurídicas, em todos os seus movimentos que vão do germe à corola, e da corola ao fruto sazonado.

Interessam aí menos os fatos políticos do que os eventos de natureza jurídica propriamente dita, não obstante a constante interdependência entre uns e outros.

Assim, os períodos da História Interna nem sempre têm correspondência exata com os da História Externa, e enquanto quádrupla é a divisão desta, a divisão daquela é triplíce, pois aí se divisam com nitidez três épocas em que o Direito aparece com características bem distintas: o período do *Jus Civile*, o do *Jus Gentium* e o *Post-Clássico*.

O primeiro corresponde a todo o período régio e se prolonga pelo primeiro século da República, até a Lei das XII Tábuas, promulgada em 410 a.C.; o segundo abrange todo o restante da República, o Principado e a Anarquia Militar; e o terceiro coincide com a Monarquia Absoluta.

O período do *Jus Gentium*, um vastíssimo lapso de quase setecentos anos, subdivide-se em três fases: primeira,

a que chamaremos da *universalização* do Direito para cuja balisa final propomos a data de 95 a.C., quando foi elevado a cônsul o primeiro dos jurisconsultos que já se pode incluir na fase seguinte, QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA; a segunda, a fase *clássica* do Direito Romano, que bem se poderia denominar a fase *áurea*, como também a fase *científica*, cujo término se pode fixar em 239 d.C., data da morte de MODESTINO, o último dos grandes jurisperitos, discípulo de ULPIANO; a terceira, a fase da *estagnação* do Direito Romano, como conseqüência da Anarquia Militar.

Ao longo dêstes treze séculos, pelos quais se estende, nas duas perspectivas acima indicadas, a História una e incidível do Direito Romano — que de transformações não haveriam de, necessariamente, experimentar as instituições jurídicas de Roma, seguindo-lhe a evolução dos costumes, do tipo de vida, das possibilidades econômicas, do aprimoramento da cultura! Fácil é imaginar que uma coisa era o Direito ao tempo de RÔMULO, líder de uma grei de lavradores e pastores, e outra o Direito ao tempo de JULIO CESAR — quando, depois de sete séculos da sua fundação, a Urbe se constituira em senhora da Economia e da Cultura do mundo Ocidental. Do mesmo modo que ainda bem diverso haveria de ser, à época de CONSTANTINO ou de TEODÓSIO, o sistema jurídico de um Império que, tendo repudiado um politeísmo onde PETRONIO vira mais deuses do que homens (Apud A. C. MATTOSO, *História da Civilização*, vol. I, p. 425, 3.<sup>a</sup> ed.), adotara os princípios estáveis e equilibrados da religião Cristã.

Infelizmente, não é êste o lugar azado, a despeito do grande interêsse, para o exame dos caracteres fundamentais dos diversos períodos dessa evolução das instituições de Roma, desde o exoterismo e o formalismo jurídico-religioso, do tempo do Jus Civile, desde os primeiros plebiscitos, os pródromos do Direito Pretoriano, e as primeiras concessões ao Direito Estranho, da fase da *Universalização*, até os esplendores da época Áurea, quando PAULO e PAPINIANO, UL-

PIANO e CELSO, e tantos outros mestres, conseguiram alcançar, como nunca, na História, no dizer de CONTARDO FERRINI, “l’esercizio della più squisita logica giuridica” (*Manuale di Pandetti*, p. 3, 5.<sup>a</sup> ed.).

Basta entretanto assinalar que, a despeito da decadência política de Roma ao tempo da Monarquia, não se pode dizer que o Direito tenha decaído, porquanto é no Período Pós-Clássico, não obstante a falta de grandes juristas criadores, natimortos, em virtude do monopólio jurídico do Imperador, que se compilou, por vontade de JUSTINIANO e por obra de TRIBONIANO e seus auxiliares, o mais estupendo monumento jurídico de todos os tempos, raiz, alicerce e sustentáculo de todo o sistema jurídico Ocidental — o *Corpus Juris Civilis*.

Essa obra é composta de três partes: o *Digesto* ou *Pandectas*, o *Código* e as *Novelas*.

No *Digesto* se encontra uma seleção dos mais sábios ensinamentos jurídicos exarados em treze séculos de *Direito Romano*, e especialmente pelos mestres da fase clássica. Para se ter uma idéia da obra ingente que se levou a efeito, basta dizer que os seus elaboradores, em apenas três anos, reduziram dois mil volumes com mais de três milhões de parágrafos, a apenas cinqüenta livros com 150.000 parágrafos (V. de nossa autoria, — *Brocardos Jurídicos — As Regras de Justiniano*, p. 37, ed. 1961). Tão extraordinária essa obra pareceu ao Imperador que não trepidou em denominá-la — “*proprium et sacratissimum templum justitiae*”!

O *Código* é a compilação das Constituições dos soberanos e as *Novelas* as novas leis que, com grande sabedoria, bafejado pelos sentimentos cristãos, o próprio JUSTINIANO veio a promulgar posteriormente.

A partir da morte de JUSTINIANO, a História do Direito Romano se dicotomiza. De um lado, segue uma linha *ininterrupta*, que vai até a queda de Constantinopla nas mãos dos turcos em meados do século XV, formando o que se

denomina Direito Romano Bizantino. Do outro lado, segue um destino que se poderia chamar *agônico* (na acepção erudita do termo, porque *agonia* quer dizer *luta*), em que os monumentos jurídicos do grande Povo sofreu os embates das invasões e do domínio bárbaro, entrando assim em decadência, para só no século XI, já nos albores da civilização moderna, com a formação dos primeiros Estados dos tempos atuais, revivescer no ensinamento dos Glosadores e Post-Glosadores, e especialmente da Escola de Bolonha.

b) *As Raízes Romanas do Direito Moderno.*

Daí a síntese de RUDOLPH VON JHERING (*O Espírito do Direito Romano*, vol. II, p. 11, Rio, 1943), segundo o qual — “Três vêzes Roma ditou leis ao mundo e três vêzes serviu de traço de união entre os povos: primeiro, pela unidade do Estado, quando o povo romano ainda se achava na plenitude do seu poderio; depois, pela unidade da Igreja, desde o início da queda do Império; e, finalmente, pela unidade do Direito, ao ser êle adotado, durante a Idade Média”.

Com o devido respeito, pedimos licença para fazer uma observação ao ensinamento do mestre. Na verdade, não foi apenas por três, senão por quatro vêzes que Roma ditou normas para a Humanidade. Pois efetivamente uma quarta vez passou a existir. Foi quando, ao atingir o Direito Moderno e amadurecimento que repontou nos Códigos Austríaco e de Napoleão, e em tantos outros que se lhes seguiram, e à face mesmo do total repúdio dos novos legisladores — à maneira da Fênix mitológica, que renascia das próprias cinzas, ali permaneceu, na linguagem técnica, na grande parte das instituições, na divisão da matéria, no modo de raciocinar, e na própria essência da mentalidade jurídica — o espírito do Direito Romano.

Com efeito, basta lembrar que todo o Direito Civil latino-americano é de formação substancialmente românica,

desde o seu código mais antigo, que é o do Haiti, um dos primeiros dos que se seguiram ao de Napoleão, pois data de 1826, até o mais recente, a saber, o novo Código Civil do Perú, promulgado em 1957.

Do mesmo modo, tôda a Europa Ocidental, exceção feita dos países da *Cammon Law*, abebera-se fartamente nas fontes justinianéias, já no que tange aos ordenamentos de influência germânica, cujo padrão é o Código da Áustria, de 1810, já no que concerne aos sistemas de inspiração francesa, cujo protótipo é o Código de Napoleão.

Na própria Ásia, não puderam deixar de se render à superioridade do espírito e da técnica jurídica legada pelos Romanos, codificações como a da China e a do Tonkin, de feição nitidamente francesa, do mesmo modo que o próprio Código do Japão que, exclusão feita do livro da Família, hauriu a ciência da Urbe por intermédio do Código Alemão. (V *Code Civil Chinois*, ed., de HO TCHENG-CHAN, — Changhai-Paris, 1931; *The Civil Code of Japan*, ed. de W. J. SEBALD, Londres, 1934; *Code Civil Allemand*, ed. de R. DE LA GRASSERIE, Paris, 1897; *Code Civil* (de NAPOLEÃO), in *Les Cinq Codes*, Paris, 1898; *Code Civil Général Autrichien*, ed. M. DOUCET, Paris, 1947).

Enganosa, portanto, é a orientação de RENÉ DAVID, quando, no seu Tratado de Direito Civil Comparado, denomina, a êsse grupo de ordenamentos, “sistema francês”. Na verdade, não só dêle participam legislações que receberam influência do Código Austríaco, cujos trabalhos preparatórios, sob MARIA THEREZA, é muito anterior ao do *Código Napoleônico*, como ainda, e sobretudo, o espírito que os informa não é o francês, senão o românico, do qual a codificação francesa é uma simples sequela.

— Bem mais correta, neste particular, é a lição do Prof. VICENTE RÁO, quando em sua grande obra *O Direito e a Vida dos Direitos* (Vol. I, p. 101) rotula a êste conjunto de códigos com a expressão — “*sistema romano*”. Ora, por outro lado, o simples enunciado destas duas palavras — *sistema roma-*

no — são o suficiente para demonstrar o quanto deve o Direito Moderno (pois dos sistemas atuais é este o mais importante) em sua formação, ao preciosíssimo e inigualável legado das compilações justinianéias.

## II. O Direito Romano na formação do Direito Luso-Brasileiro.

Examinada a influência, ou, melhor dizendo, a presença do Direito Romano no Direito Moderno, passaremos a cuidar da particularização desse fato, no que concerne ao Direito Luso-Brasileiro.

A exposição deste aspecto da matéria se desdobrará em dois itens: dos quais, no primeiro, rapidamente embora, se pretende examinar o papel do Direito Romano no sistema português, desde as origens mais remotas até as Ordenações de D. Filipe; e, no segundo, o evolver desse papel a partir daí até o Código Civil, quando o Direito Civil Brasileiro atinge feição nacional definitiva.

### a) *Das Origens às Ordenações de D. Filipe.*

Quando a província romana da Lusitânia caiu nas mãos dos Bárbaros, aí vigiram as suas Leis, especialmente o Código Euriciano, dos Godos, e o Código de Alarico II, dos Visigodos.

Mas se é certo que o próprio Código de *Euriciano* se ressentia já da influência dos textos romanos, não é diverso o que se dá com o ordenamento visigodo, estruturado que foi com elementos dos Códigos *Teodosiano*, *Hermogeniano* e *Gregoriano*, bem assim com subsídios emprestados às *Sentenças*, de PAULO e às *Institutas* de GAIO.

Com o retôrno do domínio godo, sob LEOVIGILDO, restaura-se o Código *Euriciano*, cuja vigência perdurou até o domínio dos Sarracenos, com a redação que lhe deu RECESVINDO, no século VII (v. PAULO MEREIA, *Estudos de Direito Visigótico*, p. 206, ed. da *Acta Universitatis Conimbrigensis*,

1948; MELLO FREIRE, *Historiae Juris Civilis Lusitani — Liber Singularis*, cap. I, § xxviii, Coimbra, 1853).

E se, durante todo êsse grande lapso de tempo em que, nas profundezas das *Dark Ages*, se delineavam os primeiros traços da feição de um grande povo, não se pode afirmar que, mesmo nessa fase embrionária, o Direito Lusitano se tenha desligado alguma vez do cordão umbelical das fontes romanas, o certo é que, após a independência do Condado Portucalense, a presença da codificação justinianéia ganhou foros de definitiva, graças à fundação, em fins do século XIII, da Academia de Lisboa, onde oficialmente se inaugurou o estudo do Direito Romano.

Com o *Mestre de Aviz*, instauraram-se, juntamente com uma nova dinastia, os Estudos Gerais de Coimbra, e é neste novo cenário da História lusa que exsurge a respeitabilíssima figura de um grande discípulo de Bártolo, o inolvidável JOÃO DAS REGRAS, cujos profundos conhecimentos de lógica jurídica e dos textos românicos influíram decisivamente na formação, de elevadíssimo teor, a êsse tempo mais alto que o de qualquer outro país, do sistema jurídico português.

Tendo vertido para o vernáculo o Código de JUSTINIANO com as glosas de ACURSIO e de BÁRTOLO, preparou e tornou possível a elaboração dêsse grande monumento jurídico — as *Ordenações de D. Afonso V* — que não é apenas o primeiro código luso, senão também o primeiro de tôda a Europa e que antecedeu de mais de três séculos os demais ordenamentos das nações modernas (*V Ordenações de D. Afonso V*, Ed. de Coimbra, 1789).

Em princípios do século XVI, recém-descoberto o Brasil, publicam-se as *Ordenações d'El-Rei D. Manuel*.

E se do Código Afonsino disse bem o Conselheiro RIBAS não ser possível entender-se sem o auxilio dos textos justinianeus (RIBAS, *Curso de Direito Civil*, p. 93), a remissão a êles, nas Ordenações Manuelinas, é expressa, como parte integrante do sistema.

Com efeito, numa linguagem que parece mais próxima de nós, que a dos dois séculos subseqüentes, por isso que despida dos atavios do seiscentismo, aí se lê no Livro II, Título V, êste mandamento singelo e direto, de um pragmatismo que se diria contemporâneo: “E quando o caso de que se trauta nom for determinado por lei: estilo: ou costume do reyno: mandamos q seja julgado: sendo materia que tragua pecado por os sanctos canones. E sendo materia que nom tragua pecado: mandamos que seja julgado *pola leis imperiaes*: posto que os sacros canones determinem o contrairo: as quaes leis imperiaes: mandamos somente guardar pola boa razam em que sam fundadas”. (V ed. de JOÃO CRÖBERGUER, Sevilha, 1539).

A oficialização expressa do romanismo como elemento integrante do sistema normativo continuou a encontrar éco sete décadas após, com as Ordenações de D. Filipe, datadas de 1603, em cujo L. III, Tit. 64, princípio (Edição de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, 14.<sup>a</sup> ed., p. 664, 1870) se lê determinação onde é repetido o teor do preceito manuelino.

#### b) *Das Ordenações Filipinas ao Código Civil.*

Tão reiterada consagração oficial dos textos justinianeus deu azo, no século XVII e na primeira metade do século XVIII, a verdadeiros abusos do romanismo, a ponto de, segundo noticiam os autores, se preterirem as leis pátrias pelas imperiais.

Esta a razão pela qual, em 18 de agosto de 1769, sob a inspiração do Conde de OEYRAS, depois MARQUÊS de POMBAL, a que se passou a chamar *Lei da Boa Razão* trouxe o célebre mandamento de que as determinações do *Corpus Juris Civilis* só se applicassem “pela boa razão em que são fundadas” (v. CORREIA TELLES, *Comentários à Lei da Boa Razão*, in *Auxiliar Jurídico*, p. 453, in fine). No que foi secundada pelos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, L. II, tit. 2, cap. 3, par. 5, onde se diz que — “O Direito Romano pode obter força e autoridade de lei, em suplemento do Pátrio,

onde se não estendem as providências das Leis Nacionais, e quando é fundado na Boa Razão, que lhe serve de único fundamento” (*Estatutos*, edição original de 1772).

Quando da proclamação da Independência do Brasil, foi com êsse caráter que o Direito Romano passou a integrar o sistema brasileiro, e, não obstante a promulgação do Código Português, em 1867 (v. Edição de CARDOSO PAUL, Pôrto, 1879) que antiquou as Ordenações e leis posteriores, entre nós, os velhos diplomas lusitanos continuaram a vigor, inclusive o Código Filipino, revogados que foram, tão somente, em 1916, pelo art. 1807 do Código Civil Brasileiro.

É assim, pois, que a Consolidação CARLOS DE CARVALHO, já de 1899, no art. 5 do título preliminar, entre as fontes de caráter subsidiário indica expressamente — “o *direito romano justiniano*, conforme à boa razão ou direito natural, apurado pelo uso que fazem dêle as nações civilizadas e pela lição dos jurisconsultos” (CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação das Leis Civis*, 1899).

Daí, a êsse tempo, afirmar o Conselheiro RIBAS, no seu magistral *Curso de Direito Civil*: “O conhecimento profundo e completo do Direito Pátrio é impossível sem que se firme nas largas bases do Direito Romano; não só porque é neste que se encontram as razões históricas eficientes das legislações dos povos modernos, como porque é êle o mais belo, completo e majestoso monumento de sabedoria jurídica, que os passados séculos nos legaram” (ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Brasileiro*, p. 92, 3.<sup>a</sup> ed., 1905).

### III. O Direito Romano no regime do Código Civil.

A despeito das nossas duas primeiras Leis Magnas, a imperial, de 1824, e a republicana, de 1891, foi só com quase um século de independência política, quando da promulgação do Código Civil, em 1916, para vigorar a partir de 1 de janeiro de 1917, que alcançou autonomia a nosso Direito e a nossa Ciência Jurídica.

Na verdade, o art. 1807 do Código Civil, muito mais que um encerramento de praxe, corriqueiro na técnica legislativa, trazia a própria declaração da maioria do nosso sistema, o que foi levado a efeito nestes termos: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”.

Não quer isto dizer, entretanto, que o Direito Romano tenha perdido ou mesmo haja modificado a sua expressão como elemento integrante do sistema nacional.

É certo que o art. 7 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, ao indicar o que comumente se denominam “fontes” supletivas do Direito, só fazia menção à analogia e aos princípios gerais, sendo que o novo estatuto preliminar, de 1942, no art. 4, a estas só acrescentou o direito consuetudinário. Por outro lado, o preclaro CLOVIS BEVILAQUA, autor do Ante-Projeto, nessa obra prima que é a sua *Teoria Geral do Direito Civil* refere o Direito Romano, de modo expreso, como uma das “fontes subsidiárias do Direito hoje estancadas” (CLOVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 40, 2.<sup>a</sup> ed., 1929).

Não obstante, e em que pese à autoridade do eminente mestre, procuraríamos demonstrar a iniludível presença do Direito Romano em nosso sistema, a pesar e em razão mesma dos preceitos que se encontram no mais esplêndido monumento jurídico da nossa História: o Código Civil. Com efeito, conforme se verá, essa participação das normas justinianéias no sistema, se verifica não só de modo *indireto*, se não também de maneira *direta*, de acôrdo com os próprios têrmos dos diplomas vigentes.

A participação indireta se dá, por sua vez, de duas maneiras: a) *em virtude da etiologia dos artigos do Código em particular*; e b) *na consagração de conceitos básicos adotados implicitamente pelo legislador*.

a) Quanto às origens dos diversos preceitos do Código em particular, o primeiro argumento nos é fornecido pelo

próprio mestre BEVILAQUA. Com efeito, se perlustrarmos os seus lúcidos e magistraes comentários ao Código Civil, aí averiguaremos que relativamente bem poucos são aquêles nos quais o autor do Ante-Projeto não nos apresenta a fonte romana da regra comentada. (CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil Comentado*, 6 vols., 7.<sup>a</sup> ed.).

Nesse sentido, é ainda importante a contribuição do Prof. Dr. ALEXANDRE CORREIA, ilustre catedrático jubilado desta Casa, em cujo *Manual*, escrito em colaboração com o Prof. Dr. GAETANO SCIASCIA, Docente da Universidade de Roma, no apêndice dos diversos capítulos, transcreve os principais textos do Direito Privado dos Romanos em conexão com os artigos do Código.

E, finalmente, para reforçar de modo definitivo esta parte de nossa argumentação, é de se invocar a valiosa referência, feita pelo preclaríssimo mestre e magistrado, o Prof. Dr. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, de que, segundo a pesquisa de CUNHA LOBO, dos 1807 artigos de Código, nada menos de 1445 são de origem romana.

b) No que tange à adoção de princípios básicos implicitamente aceitos pelo legislador, basta lembrar que, por exemplo, não apresentando o Código um conceito de obrigação, todo o seu livro III, num total de 711 artigos, gira em tórno da definição justinianéia, inspirada num texto de PAULO, segundo o qual *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* (*Inst.*, 3, 13, pr.; D. 44, 7, 3, pr.).

Tanto isto é certo que todos os mestres ao exporem a doutrina desta parte do nosso Direito Civil, iniciam as suas lições com a invocação do citado excerto das *Institutas*. Para referir apenas os três maiores dos nossos especialistas no assunto, vide o *Direito das Obrigações* de BEVILAQUA, p. 14; a *Doutrina e Prática das Obrigações* de CARVALHO DE MENDONÇA, vol. I, p. 68; e as *Obrigações* do eminentíssimo LACERDA DE ALMEIDA, p.7.

Do mesmo modo, no “Processo Civil”, o conceito romano de ação, *jus porsequendi in judicio quod sibi debetur*, vem informando os nossos mais respeitáveis mestres, desde PAULA BAPTISTA, até o nosso atualíssimo Prof. ALFREDO BUZAID, autor dessa obra magistral que é o *Ante-Projeto de Código de Processo Civil*. (PAULA BAPTISTA, *Teoria e Prática do Processo Civil*”, p. 11, 8.<sup>a</sup> ed., 1935; ALFREDO BUZAID, *Ante-Projeto de Código do Processo Civil*, Livro I, Tit. p. 45).

E assim por diante.

Entretanto, como dissemos de início, não é só de maneira indireta que se nos antolha, em nosso sistema, a presença do Direito Romano. Na verdade, é ainda de modo direto que essa permanência se verifica, pois não raro os preceitos da vetusta sabedoria dos clássicos são chamados, tanto pela doutrina como pelo próprio legislador, a preencher as lacunas e a elucidar as dubiedades da lei, quando omissa ou equívoca.

É o que se comprova, primeiramente com o uso dos brocardos jurídicos, que, uma vez levado a efeito cientificamente, não se reveste do caráter acaciano que, infelizmente, não raro lhe empresta a cultura de algibeira dos leguleios de última hora.

Com efeito, dêles falaram com seriedade, no estrangeiro, doutrinadores de escol, como BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE (*Introduction Générale à l'Étude du Droit*, p. 323-324, Paris, 1947) e entre nós mestres preclaros como CARLOS MAXIMILIANO e ORLANDO GOMES (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4.<sup>a</sup> ed., 1947; *Introdução ao Estudo do Direito Civil*”, Rio, 1957).

Tão grande a sabedoria dos adágios jurídicos que o seu reconhecimento se transvasou das lindes da ciência ocidental, de tal forma que, na informação de GEORGES RIPERT, em 1951, foram traduzidos para o japonês, pelo Prof. SUGYAMA, da Universidade de Tóquio. (*Les Forces Créatrices du Droit*, p. 329, nota 1, Paris, 1955).

Entretanto, como bem pondera CARLOS MAXIMILIANO, o uso apropriado dos apotegmas só se torna possível na medida em que nos é dado relacioná-los com a sua origem e autenticidade, vale dizer na medida em que se haurem na fonte límpida do Direito Romano.

Mas não é apenas através do uso e da doutrina que o *Jus Romanorum* é chamado a integrar o sistema. Com efeito, o mesmo apêlo vamos encontrar no próprio texto dos diplomas vigentes, à altura em que o legislador, reconhecendo a inapelável imperfeição das leis, invoca, para complementá-las, no art. 4 da Lei de Introdução ao Código Civil, aquilo que a moderna tecnologia jurídica convencionou chamar *princípios gerais de Direito*.

Não que êsses princípios se confundam, como desejava uma corrente italiana, com os próprios textos do *Corpus Juris Civilis* (V. VENZI, Notas às *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, vol. I, P. Geral, p. 81, 4.<sup>a</sup> ed., Florença, 1903). Mas em virtude do fato de, grande número dessas regras fundamentais da sabedoria jurídica, ter sido formulada pela vez primeira, e de modo lapidar e definitivo, pela sabedoria dos Romanos.

Para a comprovação do que afirmamos, basta lembrar a regra da imposterabilidade da norma de ordem pública, exarada por ULPIANO, no célebre texto cuja lição é a de que —*privatorum conventio jus publicum non derogat* (D. 50, 17, 45, 1). Do mesmo modo, o excerto de POMPONIO, onde se verbera o enriquecimento sem causa (*Op. cit.*, p. 138; Lei nor. 206), ou o fragmento de *Quinto Mucio Scaevola*, segundo o qual ninguém por si pode obrigar a outrem sem fato de outrem. (D. 50, 17, 73, 4).

E, como êstes, tantos outros exemplos da mais engenhosa e lúcida sabedoria, cujo teor constitui preciosíssimo tesouro da ciência Universal, de tal forma que a sua correspondência com a verdade jurídica não se transmudou nem empalideceu ao longo de quase vinte séculos!

Não foi pois sem uma grande razão que o Prof. VANDICK LONDRES DA NÓBREGA afirmou estar, como realmente está, no Direito Romano, o papel de formador da verdadeira consciência jurídica (*História e Sistema do Direito Privado Romano*”, p. 12, 3.<sup>a</sup> ed., 1961), pois efetivamente é com o seu estudo que nos é dado imbuir-nos do elevado espírito do *bonum et aequum*, sem o qual não nos será jamais possível *alterum nom laedere, nem suum cuique tribuere!*

# Fundações de Direito Público.

*José Cretella Júnior*

Livre-Docente de Direito Administrativo da  
Faculdade de Direito de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Conceito de fundação. 2. Fundação pública. 3. Doutrina estrangeira. 4. Doutrina brasileira. 5. Construção doutrinária. 6. Exemplos no direito estrangeiro. 7. Exemplos no direito nacional. 8. A fundação de direito público é uma realidade inquestionável. 9. Nossa conceituação do instituto. 10. Conclusões.

1. Não cabe, especificamente, a nenhum ramo do direito, quer público, quer privado, reivindicar para seu campo a prioridade do instituto da *fundação* e, muito menos, a estruturar-lhe o conceito, que deve ser amplo, de molde a pairar bem acima de qualquer implicação individuada e dum determinado sistema de direito positivo.

O conceito dos institutos jurídicos, *in genere*, compete à *teoria geral do direito* que, abstraindo e generalizando, ou seja, eliminando os traços típicos que os fixam no campo público ou privado, procura chegar a uma noção comum aos dois campos, sem compromisso com nenhum dêles.

Sendo o direito privado ramo tradicional e milenarmente trabalhado através dos séculos, é claro que a mentalidade privatista ainda predomina <sup>1</sup> e os cultores do direito

---

1. "Ainda nos achamos dominados por idéias civilistas, das quais ainda não nos conseguimos emancipar, infelizmente, para criar um sistema de direito público, cuja aplicação na esfera administrativa se impõe diante das modernas instituições jurídicas, decorrentes da maior intervenção do Estado no plano de relações até bem pouco consideradas

lutam a todo instante contra a rotina, não aceitando a colocação dos que pretendem transpor para o campo mais nôvo as teorias consagradas há séculos, com graves prejuízos para a evolução da ciência jurídica.

Indispensável, pois, é que se analisem com objetividade, na prática, as *fundações*, quer *particulares*, quer *públicas*, para que, separadas as notas típicas e inconfundíveis, que as distinguem, possa chegar-se à categoria *fundação* que, como gênero, não se confunde com as modalidades bifurcadas, já flexionadas às exigências do Direito Civil ou do Direito Administrativo, pois a ambos os campos transcende, nada obstante, porém, que seja aproveitada por civilistas e administrativistas.

Três notas típicas devem estar presentes em qualquer conceito que se pretenda estruturar da *fundação*, a saber, “universidade de bens”, “personalização” e “finalidade”<sup>2</sup>. *Patrimônio personalizado dirigido a um fim* — eis a *fundação*.

---

puramente privadas” (BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, I, 61). MIGUEL REALE esclarece: “Tão forte e natural é a tendência para resolver-se a questão da natureza jurídica de tais entes à luz do direito privado, que as soluções de cunho civilista têm encontrado guarida até mesmo entre cultores do direito constitucional e administrativo” (*Parecer*, em RDA, LXXII/409-410).

2. CLÓVIS BEVILAQUA esclarece o *conceito de fundação* mostrando que “consistem em complexos de bens (*universitates bonorum*), dedicados à consecução de certos fins e, para êsse efeito, dotados de personalidade” (*Teoria geral do Direito Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1946, p. 158-159) ou, de modo mais resumido, “universidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade” (*Código Civil Comentado*, 7.<sup>a</sup> ed., 1944, I/251). Ou ainda: “patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado” (idem, *ibidem*). VICENTE RÁO assinala que a fundação consiste em “*um ente jurídico* de existência real, objetivado pela organização que se destina, mediante a utilização de um patrimônio próprio, a realizar os fins que lhe foram impostos por seu instituidor” (*O Direito e a Vida dos Direitos*, 3.<sup>o</sup> tomo, p. 270). GUIDO ZANOBINI define a fundação como a “massa de bens destinada à consecução dos fins próprios de uma pluralidade indeterminada de pessoas” — (*Corso di Diritto Amministrativo*, 1950, I/97). MARCELLO

Com esta triplíce faceta a fundação ingressa no mundo jurídico, desvinculada de qualquer ramo, ultrapassando os diversos sistemas de direito, porque é uma categoria, *nunc et semper*, matizada em seus elementos acessórios pelas exigências locais do direito positivo, no setor público ou privado, nunca, porém, afetada em sua substância, porque, modificada esta, estaria desfigurado o instituto.

2. De tal modo foi a *fundação* delineada pelos cultores do Direito Privado que ainda em nossos dias há os que não admitem a existência das chamadas *fundações públicas*<sup>3</sup>, realidade aceita por autoridades incontestes, nacionais e estrangeiras.

Sem ter feito pesquisa de profundidade e, ao mesmo tempo, de índole genérica, até as próprias matrizes do Direito, para atingir as categorias, neste caso a categoria *fundação* — patrimônio, dirigido a fim específico e com personalidade inequívoca —, sem assinalar as notas essenciais que separam *corporação* e *fundação*, cada um girando em tórno dum traço fundamental (“*personae*”, no primeiro caso, “*bona*”, no segundo), é impossível chegar à natureza jurídica da fundação de direito público, realidade inequívoca do Direito Administrativo.

---

CAETANO que, aliás, considera a fundação como ente de direito privado, escreve: “Na fundação, a diferença é nítida: há um fim a atingir, uma idéia a realizar, meios materiais idôneos para tal e os indivíduos são chamados a cooperar sucessivamente na realização da idéia mediante o emprêgo desses meios capitalizados e postos ao seu serviço” (*Manual de Direito Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1963, p. 126).

3. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO sustenta que não há fundação de Direito Público, afirmando: “Não podemos criar confusão onde não há confusão: *uma fundação não pode ser de direito público!* As fundações serão de direito privado, como pessoas jurídicas de direito privado, *ou não são fundações*” (*Revista de Direito Administrativo*, XXV/392). Mais adiante: “Uma fundação não é uma autarquia — nem poderá jamais ser uma autarquia. Quando muito, poderá envolver serviço de utilidade pública, *mas nunca envolver serviço público*” (Idem, *ibidem*, págs. 393-394).

3. A doutrina estrangeira admite as *fundações de direito público*, embora sem a amplitude que seria de desejar.

Autorizados tratadistas belgas, italianos e alemães ressaltam os contornos do instituto extremado-o, de outras figuras que poderiam equiparar-se-lhe.

“A fundação pública”, escreve moderno professor de Bruxelas, “nada mais é do que a afetação por uma pessoa pública dum patrimônio a um serviço público personalizado ou, em outros termos, é a criação por uma pessoa pública de um estabelecimento — que é um serviço público — ao qual ela confere a personalidade jurídica, isto é, a capacidade de possuir patrimônio próprio e de praticar todos os atos jurídicos de afetação deste patrimônio ao fim objetivado, como ela o poderia fazer, caso fôsse pessoa física”<sup>4</sup>.

CINO VITTA que normalmente aceita a *fundação de direito público* ou *fundação pública*, partindo do conceito genérico de fundação — patrimônio destinado a um determinado fim, administrado por pessoas diversas das dos interessados<sup>5</sup> —, assinala inúmeros exemplos práticos da instituição na Itália, apenas ressaltando que o patrimônio não é elemento indispensável, no instante de nascimento da fundação, podendo constituir-se a seguir<sup>6</sup>.

OTTO MAYER ensina que a expressão fundação pública (*öffentliche Stiftung*) é também usada para pessoas morais, relativamente a quem é assinalado, como base (*Substrat*), certo patrimônio, diferentemente da *corporação* e da *associação* que contam, ao mesmo tempo, atrás de si com um grupo de pessoas naturais<sup>7</sup>. Ao mesmo tempo, critica os

---

4. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Principes généraux*, Bruxelles, 1954, p. 33.

5. CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, 1949, vol. I, p. 145.

6. CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, 1949, vol. I, p. 145.

7. *Derecho Administrativo Alemán*, trad. esp., B. Aires, 1954, IV/263.

autores que só querem admitir a palavra *fundação* para o direito civil, concluindo: “o uso idiomático opõe-se a tal restrição”<sup>8</sup>.

4. A doutrina brasileira durante muito tempo rejeitou a idéia de *fundação pública*, mas aos poucos os modernos cultores do direito administrativo, não obstante a posição contrária de poucos autores<sup>9</sup>, estão admitindo a *fundação* como ente público, alinhando-se entre êstes, autorizados juristas<sup>10</sup> que, compreendendo a importância da investigação científica, estruturam os institutos jurídicos, conceituando-os sem idéias preconcebidas.

Não basta, porém, afirmar a existência da *fundação de direito público* ou negar-lhe simplesmente a existência, como pretendem alguns, para que a figura se projete ou desapareça do campo do direito administrativo. É necessário, através de construção rigorosamente científica, demonstrar

---

8. *Derecho Administrativo Alemán*, trad. esp., B. Aires, 1954, IV/263.

9. LOPES MEIRELLES: “A expressão *Fundação Pública* contém em si uma *contradictio in terminis*, porque se é *Fundação* está ínsita a sua natureza privada” (*Direito Municipal Brasileiro*, 2.<sup>a</sup> ed., 1964, I/219, nota 57) e OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Parecer*, em *Revista de Direito Administrativo*, XXV/392 a 394).

10. RUI CIRNE LIMA: “...a fundação é comum ao direito privado e ao direito público” (*Princípios de Direito Administrativo*, 4.<sup>a</sup> ed., Pôrto Alegre, 1964, p. 66). Pontes de Miranda: “As fundações de direito público podem ser criadas por lei, ou por ato administrativo, que a lei permita, ou por decreto que confira a natureza de fundação de direito público para algum patrimônio que seja dotação fundacional de alguém” (*Tratado de Direito Privado*, I, p. 468). MIGUEL REALE é incisivo: “Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivo, sem lhe emprestar, *de maneira expressa*, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização” (RDA, LXXII/412). BRANDÃO CAVALCANTI: “Fundações constituem forma peculiar de órgãos administrativos, mas que se podem organizar dentro do Estado e para o Estado. Na moderna técnica administrativa, podem-

que o mundo jurídico, em seus dois campos, admite o instituto da fundação, diversificado, conforme o caso, em fundação privada e fundação pública.

Qual, entretanto, o critério para identificar um *ente*, em público ou privado? Quais as causas determinantes da *personalidade pública*?

5. A determinação rigorosa do critério que se deve seguir para, dentro da sistemática do direito, identificar a personalidade jurídica de qualquer ente, é trabalho dos mais complexos.

No entanto, esta colocação preliminar se impõe, desde que não se perca de vista a realidade objetiva, sem o que será inconsistente, porque divorciada da prática.

Autores italianos, alemães e franceses<sup>11</sup>, estudando a *personalidade jurídica pública*, têm procurado com grande penetração fixar a nota dominante para distinguir os entes privados dos entes públicos, podendo-se, para facilidade de exposição, agrupar, em esquema, os principais critérios eleitos. Assim:

---

se constituir fundações com peculiaridades de Direito Público” (*Tratado de Direito Administrativo*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. II, p. 138).

11. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1923, p. 739; RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, em *Rivista di Diritto Pubblico*, 1916, I/317; FERRARIS, *La classificazione delle persone giuridiche pubbliche*, 1919, I/433; VITTA, *Le persone giuridiche pubbliche in Francia ed in Italia*, Modena, 1928; DE FRANCESCO, *Persone giuridiche pubbliche e private e loro classificazione*, em *Scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 190; MIELE, *La distinzione fra enti pubblici e privati*, em *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1942, p. 473; WILDECKER, *Ueber den Begriff der Korporationen des offentliche rechtliches*, Berlin, 1913; FRANK, *Die offentlichrechtliche juristische Person*, Kiel, 1924; ROLLAND, *La personification des services publics*, em *Revue de Droit Public*, 1922, p. 480; BLAEVOET, *Personnes privées et personnes publiques*, em *Jurisclassseurs, Périodiques*, 1950, Doctr. 899. Obs. A maior parte destas obras e artigos foram citados de acôrdo com a indicação de ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1950, I/98, nota 9 e WALINE, *Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 287.

|           |   |                                    |   |                              |
|-----------|---|------------------------------------|---|------------------------------|
| Critérios | { | Finalístico                        | { | ao Estado<br>a outros entes. |
|           |   | Orgânico                           |   |                              |
|           |   | Da posição relativa                |   |                              |
|           |   | Critério da participação no grupo. |   |                              |
|           |   | Do regime jurídico especial.       |   |                              |

Pelo *critério finalístico* ou *teleológico* são públicas as pessoas jurídicas que têm por escopo essencial o da satisfação dos interesses públicos, ou seja, interesses que atualmente ou potencialmente são fins do Estado <sup>12</sup>

Este critério não é conforme a verdade, escreve MARCEL WALINE, porque, segundo a fórmula de A. MESTRE, “o Estado não tem o monopólio do bem público”, e jamais proibiu que as atividades privadas conjuguem seus esforços, espontaneamente, para realizar obras de interesse público. Com efeito, há associações ou fundações, puramente privadas, que são reconhecidas como de utilidade pública <sup>13</sup>.

---

12. FRANCESCO D’ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, 4.<sup>a</sup> ed., 1949, I/253. MARCEL WALINE escreve: “Ficar-se-ia tentado de dizer que a pessoa moral de direito privado persegue fins egoísticos, o interesse dos membros, ao passo que a pessoa moral de direito público, ao contrário, tem por finalidade o interesse público” (*Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 287). GUIDO ZANOBINI escreve: “A doutrina que acreditamos aceitável é a que atribui importância decisiva à finalidade própria da pessoa jurídica, isto é, ao elemento que é a base essencial da própria personalidade”. (*Corso di Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1950, I/100).

13. *Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 287. MICHAUD critica este critério, salientando que para saber se uma entidade pertence ao direito público não tem o intérprete de perguntar se o fim que informou sua criação é de interesse geral e se enquadra nos objetivos do Estado: este é um critério subjetivo dos mais incertos. A única coisa que deve interessar ao intérprete é verificar se o Estado a considerou como tal. Cf. *La teoria de la personalità morale*, 3.<sup>a</sup> ed., 1932, I, p. 250, citado por ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO, em *Revista de Direito Administrativo*, XIX/182.

Pelo *critério orgânico* ou de *criação pelo Estado* são públicas as pessoas jurídicas que devem sua existência a um ato do Estado<sup>14</sup>, ao passo que as pessoas privadas repositam sobre um ato de fundação ou de constituição oriundo de particulares e, mais tarde, reconhecido pelo Estado.

Também este critério, que tem a seu favor o mérito da máxima simplicidade, não pode considerar-se exato, porque não só muitos entes públicos devem sua origem a um ato de iniciativa privada (fundações com fins de beneficência ou de instrução, sociedades científicas)<sup>15</sup>, como também, por outro lado, nada impede que alguns dos entes criados pelo Estado pertençam à classe das pessoas jurídicas de direito privado, tais como as sociedades comerciais do Estado<sup>16</sup>.

Pelo *critério da posição relativa ao Estado*, que serve, aliás, de base para a estruturação de várias doutrinas<sup>17</sup>, tal índice é que determinaria a natureza da pessoa jurídica, se privada, se pública.

Tôdas estas doutrinas consideram antes as conseqüências do que, propriamente, a essência da natureza pública dos entes administrativos.

Pelo *critério da posição relativa a outros entes*, a presença do poder de império, de supremacia, é que serviria de índice básico para qualificar como pública a pessoa jurídica.

---

14. Escreve MARCEL WALINE: "Ficar-se-ia tentado de dizer que a pessoa de Direito público é a que é criada pela lei ou por uma decisão do govêrno, enquanto que a pessoa de direito privado é criada espontaneamente pelos particulares ou por outras pessoas de direito privado" (*Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 287).

15. GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1950, I/98.

16. MARCEL WALINE, *Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 287.

17. GUIDO ZANOBINI expõe e analisa nada menos do que três dessas doutrinas, refutando-as. Cf. *Corso di Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1950, I/98-99.

Tal doutrina, embora sustentada por autorizados mestres, é bastante criticada, sobretudo por causa da existência de alguns entes, como as instituições de beneficência, que não dispõem de *potestas imperii*, apesar de serem designadas como públicas, pela lei.

Pelo *critério da participação ao grupo*, voluntária ou forçada, a pessoa jurídica privada qualificar-se-ia por ser integrada por pessoas físicas que dela fazem parte, *espontaneamente*, ao passo que a pessoa jurídica pública se distinguiria porque seus membros dela fariam parte, *obrigatoriamente* <sup>18</sup>.

Tal critério é certo apenas em parte, visto que, se pode ser aceito no que diz respeito aos entes públicos maiores (Estado, Comuna), de modo algum se aplica aos entes públicos menores (autarquias, partidos políticos). Com efeito, para ingressar como membro de um organismo de direito privado, basta, por exemplo, adquirir ações, inscrever-se como sócio; por outro lado, basta habitar num município para ser munícipe, disso advindo o fato de ser eleitor e . . . contribuinte.

No entanto, tal critério da adesão voluntária ou forçada, de nada serve para classificar, por exemplo, um partido político, pois os seus membros nêle ingressam livremente, sem que se trate de uma pessoa jurídica de direito privado. Um partido não é uma associação civil. O mesmo acontece com os servidores das autarquias, que nela ingressam não forçadamente. E a autarquia é pessoa jurídica de direito público.

---

18. Escreve MARCEL WALINE: "O critério que permite distinguir as pessoas morais de direito público das pessoas morais de direito privado parece ser, na realidade, de caráter voluntário ou, ao contrário, forçado, da participação no grupo representado por esta pessoa. Adere-se a uma pessoa de direito civil ou adere-se, por exemplo, a uma sociedade pelo simples fato de subscrever ações ou de adquiri-las na bolsa; adere-se a uma associação ou a um sindicato" (*Droit Administratif*, 9.<sup>a</sup> ed., 1963, p. 288).

Pelo *critério do regime jurídico*, finalmente, a pessoa jurídica de direito público é caracterizada por uma situação tôda especial, informada por princípios peculiares ao direito administrativo.

6. As fundações de direito público são realidade aceita no sistema jurídico de diversos países.

No direito público belga, as Comissões de Assistência Pública e a Obra Nacional da Infância são exemplos típicos de fundações de direito público, porque, no dizer do mais autorizado dos autores daquele país, perseguem um fim específico e são detentoras dum poder próprio para concretizar essa finalidade<sup>19</sup>.

No direito público italiano, igualmente, as *fundações públicas* (ou *instituições*, como preferem alguns autores<sup>20</sup>) são realidade incontestável, como a maior parte das instituições de beneficência, os institutos de instrução revestidos de personalidade jurídica, o Instituto Nacional de Exportação, a Obra Nacional de Previdência para os empregados<sup>21</sup>.

7. Não faltam entre nós exemplos irrecusáveis de fundações de direito público. A princípio negados pela doutrina, dominada por idéias privatísticas, foi aos poucos sendo aceita, mormente quando a própria realidade se incumbiu de contrariar as formulações abstratas.

“O problema das fundações, constituídas por fôrça de lei para atendimento de finalidade de caráter público”, acentua MIGUEL REALE, “tem dado lugar, ultimamente, a al-

---

19. ANDRÉ BUTTGENBACH, *Principes généraux*, Bruxelles, 1954, p. 34.

20. “*Instituições* são pessoas jurídicas públicas, nas quais a unidade de fato é constituída por uma organização de pessoas formadas por uma vontade a elas estranha e para a satisfação de um interesse diverso” (FRANCESCO D’ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Torino, 1949, I/261).

21. GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1950, I/105.

gumas dúvidas e equívocos que, infelizmente, já repercutiram em decisões do Poder Judiciário”<sup>22</sup>.

No entanto, depois de construções jurídicas alicerçadas em exemplos de nossa vida administrativa, já se principia a admitir entre nós a existência de fundações de direito público.

O mais antigo de nossos institutos de ensino universitário — a *Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* — desde os primórdios da vida republicana surge como *fundação de direito público*<sup>23</sup>, como o demonstrou ilustre professor em *Parecer-paradigma*<sup>24</sup>, fonte obrigatória de consulta a quem quer que verse a matéria.

Do mesmo modo a *Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de S. Paulo*, criada pela Lei n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960 é pessoa jurídica de direito público, natureza jurídica absolutamente incontestável, visto encontrar apoio no direito positivo<sup>25</sup> e em autorizada doutrina<sup>26</sup>.

---

22. *Parecer*, em RDA, LXXII/409.

23. JOÃO MENDES JÚNIOR: “A personalidade jurídica dos institutos de ensino não lhes tira o caráter de fundações, criadas e mantidas pela administração pública e, portanto, não os subordina como as fundações a que se refere a *Ordenação* L. I. tit. 62, ao Juízo da Provedoria ou à verificação judiciária de contas, quer nas jurisdições estaduais, quer na jurisdição federal” (*Revista da Faculdade de Direito de S. Paulo*, XX/335); HONÓRIO MONTEIRO: “Fundação de direito público ou oficial, criada pela União e transferida ao Estado com êsse caráter, tem patrimônio próprio que administra pelo seu diretor e Conselho Técnico Administrativo sob a superintendência do Estado” (*Parecer* n. 49.574, inédito, in *Arquivo* da Faculdade de Direito, janeiro de 1940).

24. HONÓRIO MONTEIRO, *Parecer* citado, nota anterior.

25. Constituição do Estado de São Paulo, de 9 de julho de 1947, art. 123: O amparo à pesquisa científica será propiciado pelo Estado, por intermédio de uma fundação, organizada em moldes que forem estabelecidos por lei. Parágrafo único. Anualmente o Estado atribuirá a essa fundação, como renda especial de sua privativa administração, quantia não inferior a meio por cento do total da sua arrecadação ordinária. Lei Orgânica, n.º 5.918, de 18 de outubro de 1960, art. 1.º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir a Fundação prevista no artigo 123 da Constituição Estadual de 1947 para amparo à pesquisa

Efetivamente, a Constituição Estadual determinou-lhe a criação, uma lei específica autorizou o Poder Executivo a institui-la. Que maior publicidade, certeza e reconhecimento da existência de uma pessoa jurídica pode existir senão a própria lei, a vontade do Estado <sup>27</sup>?

Outros exemplos de fundações de direito público, entre nós, temos nos *Institutos de Previdência*, nas *Caixas Econômicas*, no *Conselho Nacional de Pesquisas* <sup>28</sup>, na *Universidade de Brasília* <sup>29</sup>.

8. Não é mais possível, em nossos dias, ficar alheio a uma evidência por demais patente para ser demonstrada.

Se a melhor doutrina, nos mais credenciados centros europeus, admite a existência das fundações, com personalidade jurídica pública, porque ficar ainda prêso aos esquemas privatísticos que ainda se apegam a cânones rígidos, já totalmente superados, mercê das novas conquistas do mundo do direito?

Por que, no direito brasileiro, limitar-se à enumeração civilística do começo do século quando os progressos do direito público alargaram o quadro das pessoas jurídicas, admitindo novos entes, ultrapassando os limites duma exemplificação insuficiente?

---

científica, com a denominação de “Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo”, de duração indeterminada, sede e fôro na Capital do Estado de São Paulo.

26. MIGUEL REALE, *Parecer*, em RDA, LXXII/409-415, GERALDO ATALIBA, *As fundações públicas são imunes a tributos*, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Fundações Públicas*.

27. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Fundações Públicas*, p. 12.

28. GERALDO ATALIBA, *As fundações públicas são imunes a tributos*, p. 5.

29. MIGUEL REALE, *Parecer*, em RDA, LXXII p. 413: “Há casos em que, não obstante haver formalidades civis, a fundação não pode ser rigorosamente considerada uma entidade civil. É a hipótese, por exemplo, da Fundação Universidade de Brasília, cujo Conselho Diretor é nomeado pelo Presidente da República, renovando-se cada dois anos pela metade, mediante escolha presidencial em lista tríplice”.

9. Forçoso é concluir, mostrando nossa posição relativamente às *fundações de direito público* que definimos como um instituto constituído por um *patrimônio personalizado dirigido a um fim público, criado por uma pessoa pública e detentor dum poder próprio para concretizar tal finalidade, submetido a um regime jurídico típico do direito administrativo, informado que é por princípios publicísticos*.

10. Do estudo que fizemos, tiramos as conclusões seguintes:

a) o conceito genérico de *fundação*, investigado e determinado pela *teoria geral do direito*, é aproveitado pelo direito civil e pelo direito administrativo, flexionando-se, em cada caso, às notas típicas dum e doutro ramo;

b) “patrimônio personalizado dirigido a um fim” é a *fundação*, que não se confunde com a *corporação* ou *associação*, “pluralidade de pessoas físicas determinadas que, aplicando os meios próprios, cooperam ativamente para a consecução dos fins da entidade”;

c) a *fundação de direito público*, “afetação por uma pessoa pública dum patrimônio a um serviço público personalizado, criado por pessoa pública, com regime jurídico próprio, informado por princípios de direito público”, é realidade aceita pela melhor doutrina internacional e pela mais autorizada doutrina brasileira.

#### Bibliografia.

ERNST FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, trad. espanhola sob o título de *Tratado de Direito Administrativo*, Madrid, 1958, p. 258-552-559-609-649;

GUIDO ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6a. ed., Milano, 1950, I, p. 105;

CINO VITTA, *Diritto Amministrativo*, 3a. ed., Torino, 1949, I, p. 154;

- ANDRÉ BUTTGENBACH, *Principes généraux*, Bruxelles, 1954, p. 33 e *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, p. 305;
- OTTO MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. esp., Buenos Aires, 1954, IV, p. 263;
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, 1954, I, p. 468;
- RUI CIRNE LIMA, *Princípios de Direito Administrativo*, 4a. ed., Pôrto Alegre, 1964, p. 66;
- THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 3a. ed., Rio, 1956, p. 138;
- HONÓRIO MONTEIRO, *Parecer*, no Processo número 49.574 (Arquivo da Faculdade de Direito de S. Paulo, janeiro de 1940);
- MIGUEL REALE, *Parecer*, em *Revista de Direito Administrativo*, LXXII/409-415;
- GERALDO ATALIBA, *As fundações públicas são imunes a tributos*, em *Revista dos Tribunais*, 338/72-84 e *Normas Gerais de Direito Financeiro e regime jurídico das autarquias*, S. Paulo, 1965;
- CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Fundações Públicas*, em *Revista dos Tribunais*, 338/62-72.

# Sôbre Cesare Beccaria.

*Luiz Luisi*

(Do I.B.F. do Rio Grande do Sul)

SUMÁRIO: 1. Do aparecimento do *Dei delitti e delle pene* e seu êxito. 2. Beccaria e a Ciência do Direito, concebida como dogmática jurídica. 3. Beccaria e a Filosofia. 4. Beccaria e a Política Jurídica. A perspectiva exata. 5. O valor e a perenidade da penalística de Beccaria.

1. Foi há mais de dois séculos, em julho de 1764, que apareceu, anônimamente, "*dei delitti e delle pene*", a célebre obra de CESARE BONESANA, marquês de Beccaria. A obra veio a público, conquistando, de imediato, a admiração entusiástica de tôda a Europa. Numerosas edições italianas foram sucessivamente publicadas, e numerosas traduções foram editadas em diversos países europeus. Já em 1807, segundo se lê no apêndice à edição, naquele ano publicada em Brescia, a obra já tinha 30 edições italianas e tinha sido traduzida para 7 idiomas. Passados agora dois séculos, o livro continua famoso e constitui leitura obrigatória de todos os que se dedicam ao estudo e a prática da ciência dos delitos e das penas.

Embora pese a numerosa bibliografia dedicada ao famoso livro, forçoso é convir que persistem, ainda, na sua análise, alguns erros, que diremos de perspectiva, e mesmo equívocos com relação a elementos básicos, capazes de nos permitir da obra uma visão unitária e conseqüente.

Inexato é ver em BECCARIA um autêntico Filósofo do Direito Penal, e muito menos um jurista, no sentido que

dêsse t ermo se faz em nossos dias. Outro   o ângulo, através do qual, deve ser entendida a penalística do nobre italiano, a fim de que se tenha possibilidade de entender os altos e imorredouros méritos do genial filho de Milão.

2. Não tem BECCARIA a postura do jurista dogmático em face do Direito Penal. Não preocupou ao jovem lombardo o estudo dos textos, das normas, ou mesmo dos costumes penais do seu tempo, no sentido de interpretá-los singularmente e de organizá-los em sistema.<sup>1</sup> Não procurou, indiferente   justiça ou não, da lei positiva, penetrar no seus “conteúdos de signifi a o”, e em face das similaridades dentre êsses conceitos, organizar os institutos jurídicos, para, por fim, orden -los em sistema. A lei penal positiva, foi por  le submetida a outro tipo de análise. Tratou de saber, no mérito, se era justa ou injusta. Ao invés, portanto, de uma mera atividade cognitiva da norma penal positiva, Beccaria situou-se em uma postura valorativa, isto  , f z uma crítica axiológica das normas e dos usos penais de sua época.

A obra de BECCARIA não  , portanto, a do jurista que trabalha com o direito positivo, an dinamente, mas a de quem se preocupa, olhando para o futuro, de traçar as grandes diretrizes de uma legisla o penal, inspirada no respeito   liberdade. Vale dizer: do moderno direito penal, cuja missão prec ua, no dizer de FONTAN BAL STRA,   de

---

1. O conhecimento sistemático do direito positivo, isto  , a concep o da ciência do direito como organiza o sistemática do “jus conditum”  , posterior a CESARE BECCARIA, datando de meados do século XIX.   Escola Histórica se deve, sem d vida, o chamamento dos juristas   realidade positiva do direito, nas suas dimensões fáticas e normativas. Porém, a chamada jurisprudência superior, o entendimento da ciência jurídica como sistema,   muito posterior às grandes figuras da Escola Histórica.   na Alemanha, com a obra dos Pandetistas e os trabalhos de VON IHERING, que se firma esta orienta o da ciência jurídica, plenamente consagrada em nossos dias. A respeito, cf., a obra de ANTONIO HERNANDEZ GIL, *Metodologia del Derecho*, Madrid, 1945.

garantia da liberdade individual<sup>2</sup>. Bem vistas as coisas BECCARIA foi um autêntico reformador das leis e das práticas penais, lançando os fundamentos essenciais das modernas legislações. Sobradas razões tinha, neste sentido, M. FAUSTIN HÉLIE, quando escreveu em 1856, que os aspectos mais positivos da legislação penal contemporânea, como ainda os progressos futuros, se poderiam creditar à obra do genial italiano<sup>3</sup>.

3. Não foi, sem dúvida, CESARE BECCARIA um verdadeiro Filósofo do direito. É certo, como se tem afirmado, que o Marquês Lombardo, foi em filosofia um simples partidário das correntes de pensamento dominantes em sua época<sup>4</sup>. Vivendo no chamado século das luzes, CESARE BONESANA, sofreu o influxo dos autores ditos, com uma certa apressada generalidade, iluministas. Longe esteve de ter dado à filosofia qualquer contribuição original. A rigor, talvez pela natureza eventual e a sistemática de seus estudos, o embasamento filosófico que procura dar às suas concepções penalísticas, são manifestamente insuficientes e mesmo contraditórias. Embora tenha sofrido a influência de diversos autores, parece-nos que os influxos filosóficos mais notórios parte de HOBBS, LOCKE e HELVETIUS, pensadores de ideários contrastantes, cujos princípios se tornam de difícil, se não impossível conciliação. Como a quase totalidade dos escritores do seu tempo, o Marquês de Beccaria socorreu-se da

---

2. FONTAN BALÉSTRA, *Mission de Garantia del Derecho Penal*, Buenos Ayres, 1960.

3. M. FAUSTIN HÉLIE, *Introducción au Traité des Delits et des Peines de Beccaria*, Paris, 1956. BECCARIA, em diversas passagens do *Dei Delitti e delle Pene*, demonstra sua ogerisa aos juristas. No capítulo IX — *Das Testemunhas* —, refere-se aos “peripatéticos juriconsultos”, com evidente ironia. No versar o problema da interpretação das leis, manifesta claramente a sua desconfiança com relação aos intérpretes. E no capítulo VII, chega a afirmar: “Feliz da nação onde as leis não fôsem uma ciência”.

4. RODOLFO MONDOLFO, in *Cesare Beccaria y Su Obra*, Buenos Ayres, 1946.

teoria do Contrato Social. Também a idéia de utilidade social aflora constantemente nas páginas do “*dei delitti e delle pene*”.

A sua concepção do Contrato Social, tem como ponto de partida a preliminar de que os homens viviam, antes de constituírem a sociedade, na mais absoluta liberdade, em guerra permanente de uns contra os outros. “Cansados de viver em um contínuo estado de guerra, e de gozar de uma liberdade tornada inútil pela incerteza de conservá-la”, os homens contrataram “sacrificar uma parte dessa liberdade, para gozar o restante com segurança e tranqüilidade”. E, concluindo: “A soma de tôdas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um, formam a soberania de uma nação”<sup>5</sup>.

Verifica-se, portanto, claramente a influência de HOBBS e LOCKE, nas passagens acima do *Dei Delitti e Delle Pene*.

De HOBBS está presente, a prima facie, a concepção do estado de natureza pré-social, entendido como uma guerra contínua e permanente entre os individuos (“*Bellum omnia contra omnes*”). Porém, não só, como veremos, BECCARIA não tira desta premissa as conclusões a que, com rigor lógico, chegou o pensador inglês, como ainda, serve-se desta concepção para extrair ilações completamente antagônicas. E mais: A concepção hobessoniana do estado da natureza se funda em uma idéia pessimista com relação ao ser humano, ou seja, no egoísmo fundamental e irreversível da natureza humana. E, esta visão do homem conflita e contrasta com a idéia que do ser humano faz todo o iluminismo; e, particularmente BECCARIA, que, como veremos, do homem, como ser essencialmente digno, da pessoa humana, faz a pedra angular, o alicerce das suas idéias penalísticas.

BECCARIA, ao invés de, como HOBBS, concluir que no Contrato Social, os homens renunciaram a todos os seus direitos, entregando-os, numa renúncia total e incondiciona-

---

5. BECCARIA, in *Dei Delitti e delle Pene*, capítulo II e III, (Origine delle pene e diritto di punire). Também no capítulo dedicado à pena de morte.

da, a um soberano, para poderem viver com segurança, entende que no Contrato Social, os homens renunciaram apenas parte de seus direitos naturais, o indispensável necessário à vida social.

Esta idéa foi inspirada a CESARE BONESANA por LOCKE, isto é, a concepção de um contrato social em que se verifica a renúncia apenas parcial e condicionada de direitos, devendo o Estado respeitar e garantir a inviolabilidade das liberdades e prerrogativas naturais, não incluídas no pacto constitutivo da vida social. Porém, a diferença de LOCKE, o penalista italiano não afirma que os direitos não alienados no Contrato Social devem ser, não só invioláveis como garantidos pelo Estado, pelo *fato* dos mesmos não terem sido renunciados. A crítica feita por ROUSSEAU a GRÓCIO, segundo a qual o jusnaturalista holandês faz derivar o direito de um *fato*, que também se irroga a JOHN LOCKE, não é possível de ser suscitada contra BECCARIA. Isto porque a juridicidade não se esteia, para o marquês italiano no fato da ausência de renúncia aos mesmos no Pacto Social, mas precisamente na impossibilidade dessa renúncia. E, isto porque esta renúncia é impossível, por se tratar, como, com mais precisão afirmou ROUSSEAU, de uma renúncia a “qualidades inerentes ao homem, direitos da humanidade”.

O fundamento, portanto, da juridicidade, — e este é o axioma básico de toda a penalística Beccariana, — se enraíza na pessoa humana, valor primeiro e fonte da ordem jurídica, e não no fato da transação ou não ocorrida, quando do pacto social.

A idéa de “utilidade”, se encontra também presente nas opiniões filosóficas de BECCARIA. Neste particular clara é a influência do utilitarismo que HELVETIUS havia então teorizado, com base no sensualismo materialista. Em diversos capítulos do *Dei Delitti e Delle Pene*, principalmente nos dedicados à tortura e à pena de morte, se encontram demonstrações de cunho nitidamente utilitarista, onde BECCARIA procura demonstrar a necessidade ou des-

necessidade de certas medidas penais, conforme sejam, úteis ou não, necessárias ou não, para a segurança e a ordem social.

Porém, como observaram L. LIMENTANI<sup>6</sup> e RODOLFO MONDOLFO<sup>7</sup>, não foi advertida por BECCARIA a inconciliabilidade entre as idéias do contrato social e o utilitarismo. Se o Estado deve realizar a felicidade do maior número, — como preconizam os utilitaristas, — não pode sentir-se e estar vinculado ao que no Pacto Social lhe foi concedido pelos indivíduos, para proceder a escolha dos rumos e dos fins destinados para chegar àquela felicidade da maioria. O princípio utilitário, se observou com justeza, “não pode concordar com a determinação do fundamento das leis nos pactos e nem com o conseqüente reconhecimento do direito tão sòmente dentro dos limites daqueles”<sup>8</sup>.

Inequívoco é, portanto, que Beccaria sofrendo a influência de vários autores de idéias antagônicas e inconciliáveis, e não tendo uma autêntica vocação filosófica, não só deixou de construir uma concepção filosófica própria, como também não soube nem mesmo ordenar coerentemente as influências recebidas e sugeridas pelas suas leituras. Sob o aspecto filosófico, embora pesem algumas poucas vezes discordantes, parece indiscutível que não foi positiva a contribuição Beccariana.

4. A perspectiva exata para se aferir o mérito de CESARE BECCARIA é a do Político de Direito Penal. Em verdade, o *Dei Delitti e Delle Pene*, é historicamente o primeiro e lidimo Manual de Política Jurídico-Penal. Em fazendo obra de Política Jurdico-Penal, e mais latamente obra de Política Jurídica, BECCARIA foi um crítico do “jus conditum”, isto é, das leis e práticas penais de seu tempo, e um formu-

---

6. L. LIMENTANI, *Cesare Beccaria*, em *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, vol. VI, fls. 567.

7. R. MONDOLFO, *op. cit.*.

8. R. MONDOLFO, *op. cit.*, trad. espanhola 1946, fls. 29.

lador de postulados inovadores, que vieram a se transformar em leis, vigentes e incorporadas nos modernos Códigos Penais.

Ao fazer obra de Política Penal, evidente é que o marquez lombardo se orientava por dogmas e princípios que lhe serviam de medida e de orientação. Aliás, todo o trabalho de crítica do direito vigente e formulação de novas normas, mais justas e condizentes com a realidade social está obrigatoriamente vinculada a valores matrizes, a uma escala axiológica. Se, se julga iníquo e injusto um determinado costume ou um determinado dispositivo legal e por serem os mesmos contrários a específicos valores, isto é, a princípios que se nos apresentam como primeiros e absolutamente válidos. Também se, se pretende enunciar novas leis mais condizentes e adequadas em substituição a leis anacrônicas e desajustadas, evidente é que esta formulação de novos princípios legais obedece a um princípio orientador, posto em termos de valia indiscutível.

Qual foi este axioma básico que orientou o pensamento de BECCARIA, que palpita no âmago de suas páginas, e que se vislumbra por todo o *Dei Delitti e Delle Pene*?

Uma análise superficial poderia conduzir a afirmação, que o princípio da “Utilidade social”, posto em termos Helvetianos, é o dogma fundamental de seu pensamento. Porém, a dialética utilitária, superficialmente e largamente usada por Beccaria, é, de per si, insuficiente, posto que, condicionada. O princípio de utilidade é obrigatoriamente referencial e relativo. Depende de um fim. Algo é útil ou inútil se é idoneo ou não para realizar o objetivo que se visa. A utilidade ou não das penas infamantes, bem como, a utilidade ou não das torturas, está condicionada ao fim que se almeja. De resto, um utilitarismo visando a felicidade do maior número é esteio flagrantemente insuficiente, para justificar e embasar as teses básicas da penalística Beccariana, posto que, a pena de morte, as penas infamantes, as acusações secretas, as torturas, — tão rude e acerta-

damente combatidas, — podem encontrar a sua necessidade e utilidade na realização da felicidade de maiorias eventuais.

Em verdade, o princípio fundamental em que se alicerça a obra de Cesare Bonesana se encontra formulada no capítulo xxviii do *Dei Delitti e Delle Pene*: Non vi é libertá ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, L'uomo cessi de esser persona, e diventi cosa”

Na inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, e na ilegitimidade de seu uso, como meio e coisa, é, portanto, que se esteiam as concepções penais de Beccaria. Aliás, esta idéia, que é contribuição inestimável do cristianismo só se afirmou no mundo moderno, por obra dos iluministas. O homem, compreendido como ente moral inviolável inclusive perante o Estado, a pessoa humano como um “prius” face ao Estado, não poderia ter-se afirmado no clima intelectual e político da Contra-Reforma, e nem entre as fogueiras da inquisição ou no império das monarquias absolutas. Sòmente com o advento do iluminismo, é que o indivíduo passaria a ser entendido como uma realidade anterior ao Estado, que mesmo neste se integrando, conservava uma série de direitos originários, a que não renunciara e não podia renunciar. E, no concernente a êstes direitos, que são intrínsecos ao homem, ao Estado não é deferido ignorá-los ou violá-los, mas sim respeitá-los e fazê-los respeitar. Portanto, lícito é afirmar que o iluminismo fêz do conceito do homem, como entidade moral inviolável, inclusive para o Estado, uma espécie de religião laica, apesar de seu racionalismo irreligioso.

Posto, pois, na base da penalística de BECCARIA, tão relevante princípio, — de imediata inspiração iluminista, mas de origens cristãs, — é que a sua obra nos aparece como um todo conseqüente e orgânico. Em tôdas as severas e candentes críticas contra as penas excessivas, as torturas, os interrogatórios sugestivos, etc., é facilmente identificável, por detrás dos argumentos utilitaristas, às vêzes de forma

ostensiva, e outras vêzes subrepticamente, o imperativo do respeito a pessoa humana, considerada como um fim em si mesmo, e não como um méro instrumento, isto é, como uma “res”. Também todos os princípios inovadores enunciados por BECCARIA se enraizam no dogma moral da dignidade ímpar da pessoa humana. “O nullum crimen sine lege”, a pena compreendida como “punitur, no pecetur”, a suavidade das penas, e principalmente a afirmação clara do “Estado de Direito” em oposição ao império do arbítrio, são decorrências fundamentais de uma concepção da valia especial da pessoa.

É nesta concepção que está, bem vistas as coisas, a verdadeira inovação de BECCARIA. Nesta reivindicação, frente aos arbítrios, desmandos e crueldades da justiça punitiva, da dignidade moral do homem, que mesmo no cárcere continua sendo uma pessoa e não uma mera coisa.

5. Certo, portanto, é que não assiste razão a alguns autores que têm entendido que a obra de Beccaria foi apenas a de um “divulgador feliz de idéias alheias”<sup>9</sup>. Em verdade, muitas das críticas e dos princípios que se encontram no *Dei Delitti e Delle Pene* já haviam sido formulados por outros autores. MONTESQUIEU, na 80.<sup>o</sup> de suas *Lettres Persianes*, e nos capítulos IX e XII do livro VI do *Esprit de lois*, havia formulado restrições à severidade e à crueldade das penas, e tentado demonstrar a superioridade das penas suaves sob as formas bárbaras da justiça punitiva<sup>10</sup>. Sôbre a inutilidade e as crueldades da tortura muitos autores já haviam se insurgido. Porém, antes de BECCARIA ninguém havia considerado o problema dos delitos e das penas de forma sistemática, aliando à demonstração racional, uma viva emoção, que fêz com que as páginas

---

9. UGO SPIRITO, in *Storia del Diritto Penale Italiano*, Roma, 1925. No mesmo sentido, G. DEL VECCHIO in *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 9.<sup>a</sup> ed. Milão, 1953, fls. 109.

10. BECCARIA menciona MONTESQUIEU como precursor, na *Introduzione*, capítulo I, do *Dei Delitti e Delle Pene*.

de sua obra, penetrando “pelas portas dos tribunais e das prisões, fizesse por êles passar um raio de piedade humana”<sup>11</sup>.

No fundo a polêmica em torno do mérito da obra de BECCARIA, se deve à falta de uma exata perspectiva, da qual deve ser examinada. E, as vêzes à inexatidão da perspectiva certa se deve creditar a razões de ordem imediatamente políticas. Sòmente quando se parta dos axiomas básicos que inspiraram o jovem lombardo é que se pode, por sôbre as aparentes contradições, apreender a unidade essencial de seu pensamento.

Tentamos nestas páginas nos desincumbir desta tarefa. Pareceu-nos ser esta a melhor homenagem que no bi-centenário do aparecimento do *Dei Delitti e Delle Pene*, se possa prestar à memória do marquês de BECCARIA, cujo nome já está escrito, sem temor de êrro, na galeria dos grandes benfeitores da humanidade.

---

11. PIERO CALAMANDREI, in *Prefacio* à ed. do *Dei Delitti e Delle Pene*, publicada em versão espanhola, em 1958, Buenos Ayres, ed. Juridicas Europa-America.

# Trabalho: Direito ou Dever?

*Marly A. Cardone*

Professora Assistente de Legislação Social  
das Faculdades de Direito e de Ciências Eco-  
nômicas e Administrativas da Universidade de  
São Paulo.

## CAPÍTULO I

### Introdução.

SUMÁRIO: 1. Conceito de trabalho. 2. Significado das expressões “direito de trabalhar”, “direito ao trabalho” e “dever de trabalhar”. 3. Razão de ordem.

1. *Conceito de trabalho.* O homem, para poder subsistir, tem necessidade de ingerir uma certa quantidade de alimentos e de se proteger das intempéries. Tal necessidade, no início da civilização, foi com certeza meramente instintiva, como nos animais. Todavia, como o homem é um ser dotado de inteligência, vale dizer, é capaz de criações, a luta pela sobrevivência deixou de ser um processo instintivo para se tornar racional.

Desde quando se tem conhecimento, isto é, desde a era da pedra lascada, o homem tem tido dificuldades para satisfazer suas duas necessidades básicas: alimentação e abrigo. Em determinadas regiões se concentravam tribus em épocas certas, quando a natureza espontaneamente fornecia os meios de satisfação das necessidades: frutos silvestres, caça, pesca, e havia uma verdadeira disputa para a utilização desses bens que já eram escassos, devido o seu não cultivo.

O fato de não poder o homem satisfazer passivamente sua necessidade de alimentação como faz, por exemplo, com sua necessidade de respiração, levou-o a empregar suas energias físicas — caçar um animal, colher um fruto — como também intelectuais — descobrindo novos sistemas de satisfação das necessidades, ante a escassez dos bens existentes.

Esclarece A. B. BUYS DE BARROS: “O homem ao caçar e ao pescar para a sua manutenção, nos estágios primários de barbárie, como ao perseguir motivos outros para seu sustento, estava, por certo, realizando trabalho, assim como hoje, exercendo seu mistér na indústria está, embora em grau muito superior, executando igualmente trabalho”<sup>1</sup>.

Essa atividade consciente do homem, na criação de bens — materiais ou imateriais — para a satisfação de suas necessidade, denomina-se trabalho<sup>2</sup>.

A maioria dos autores concorda com êste conceito de trabalho.

Assim, MARIANO ALCOCER afirma: “Trabalho econômico. Por tal entendemos a aplicação da atividade humana à produção de uma utilidade econômica”<sup>3</sup>. No mesmo sentido ALBERT MULLER “Trabalho econômico é a aplicação da atividade humana à produção de uma utilidade”<sup>4</sup>. L. GARRIGUET o define: “Trabalho, no sentido que lhe atribui a economia política, é um esforço mais ou menos penoso que o homem se impõe para chegar a produzir um objeto útil, objeto êste que servirá para satisfazer suas necessidades ou as de outrem”<sup>5</sup>.

---

1. Cf. *O trabalho, o capital e seus conflitos*, Rio, 1951, p. 23 e 24.

2. O conceito de necessidade humana se dilatou muitíssimo, hoje em dia. O homem tem necessidades não só materiais como também espirituais.

3. Cf. *Economia Social*, México, 1945, p. 48.

4. Cf. *Notes d'Economie Politique*, Paris, 1938, p. 48.

5. Cf. *Régime du travail*, in “*Traité de sociologie*”, Paris, 1908, p. 2.

A Economia Política se ocupa do trabalho como um dos fatores da produção mas, no mundo moderno, onde o trabalho deixou de ser considerado como mercadoria, deve êle ser encarado através de outra problemática <sup>6</sup>.

Embora ressaltando a importância do trabalho no sentido econômico, não podemos esquecer-nos de que, hoje em dia, tem êle também um sentido de realização pessoal e social do indivíduo, de forma que várias ciências se ocupam dêle, tais como a psicologia, a medicina, a sociologia, a ergonomia, etc.

Com efeito, nem todos trabalham exclusivamente para conseguirem os meios de subsistência. Assinala J. A. C. BROWN que “A crença de que o dinheiro é o único motivo ou, pelo menos, o mais importante dos motivos para trabalhar é tão estúpida que, qualquer pessoa que a sustente seriamente, fica automaticamente incapacitada para compreender a indústria ou o trabalhador industrial. O trabalho é, fundamentalmente, uma atividade social que cumpre duas funções principais: produzir os bens de que a sociedade necessita e integrar o indivíduo nos sistemas de relações que constituem a sociedade”<sup>7</sup>

Isto posto, é indispensável que a sociedade esteja organizada de tal maneira a fim de existirem condições tais que

---

6. Ensina A. B. BUYS DE BARROS “A produção é a pedra fundamental da Economia Política; repousa em quatro elementos essenciais, quais sejam a Natureza, o Trabalho, o Capital e a Organização; donde ser o trabalho um dos seus requisitos necessários. Não é o trabalho, entretanto, apenas um de seus requisitos necessários; diríamos mesmo ser êle a mola mestra da produção, pois sem o seu exercício, que transparece nos menores vestígios de atividade humana, a produção econômica seria impossível. E tão importante é a sua participação no produzir o bem econômico que todos os economistas, das mais opostas escolas, proclamam-no como a verdadeira fonte de riqueza. De SMITH a MARX e a MARSHALL, os estudos de Economia Política têm por finalidade o trabalho, já tendo em vista o seu concurso na produção medido por uma quantidade, já no que toca ao equilíbrio econômico de que êle é um dos fatores”. Cf. *ob. cit.* na nota n. 1, ps. 33 e 34.

7. *La psicología social en la industria*, México, 1958, p. 230.

possibilitem ao indivíduo atingir, através do trabalho, seu desenvolvimento moral e espiritual e não apenas sua subsistência material.

Tal problema está relacionado com o referente ao direito e dever de trabalhar, que iremos examinar abaixo.

2. *Significados das expressões “direito de trabalhar”, “direito ao trabalho” e “dever de trabalhar”* — Pela expressão “direito de trabalhar” deve entender-se a liberdade jurídica do indivíduo escolher entre aplicar ou não sua atividade à produção de bens. Por outro lado, implica numa plena liberdade por parte daqueles que preferiram a primeira solução, isto é, empregarem sua fôrça de trabalho, em escolherem as modalidades e as condições em que o farão.

A expressão “direito ao trabalho” significa o interêsse juridicamente protegido, do indivíduo ter assegurada pelo Estado a colocação de sua fôrça de trabalho.

“Dever de trabalhar” é a obrigação jurídica do indivíduo, exigível pelo Estado, de empregar sua fôrça de trabalho a fim de prover ao seu próprio sustento e, por outro lado, produzir bens que contribuam para o desenvolvimento da coletividade.

No atual momento da evolução jurídico-social e econômica, qual das posições deverá prevalecer? Deverão subsistir tôdas simultâneamente?

Lógicamente, o sentido que demos à expressão “direito de trabalhar”, isto é, a capacidade do indivíduo escolher entre trabalhar ou não trabalhar, se opõe irrefutavelmente àquele dado à locução “dever de trabalhar”.

Se há o direito do indivíduo permanecer na ociosidade não poderá persistir o dever, perante o Estado, de trabalhar.

Conforme esclarecemos no parágrafo anterior, o trabalho, modernamente, não significa apenas um meio do indivíduo adquirir recursos para sustentar-se. Ele representa, ao mesmo tempo, um instrumento de progresso da nação,

de forma que cada indivíduo não tem apenas o interesse de trabalhar, mas quer ver também seu semelhante trabalhando.

Certo pensador, cujo nome não nos ocorre, afirmou, em outras palavras, que o trabalho é o preço que pagamos pelo lugar que ocupamos no mundo.

Realmente, a coletividade tem interesse em que todos trabalhem, a fim de que não haja parasitas que vivam à custa do esforço alheio.

Desta forma, no atual estágio econômico, não podemos admitir a existência de um “direito de trabalhar” como livre escolha do indivíduo em empregar ou não sua força de trabalho. No entanto, a ordem econômica deve estar organizada de tal maneira que exista o direito de trabalhar no sentido de poder a pessoa escolher livremente a atividade que quer exercer e o empregador para o qual vai trabalhar.

A partir do momento em que o Estado começou a legislar, interferindo na ordem econômico-social, tivemos o aparecimento de uma situação que proporcionou a existência do direito de trabalhar como modernamente deve ser compreendido — não o direito de trabalhar *se* a pessoa quiser, mas apenas o direito de trabalhar *como e onde* quiser.

De fato, somente mediante a intervenção do Estado podemos ter condições mínimas para que o indivíduo que pretenda trabalhar se coloque numa situação jurídica equivalente à da pessoa em favor da qual vai empregar sua força de trabalho.

Por outro lado, o “direito ao trabalho” no sentido de ser exigível do Estado uma colocação, seja por êle exercer diretamente atividades econômicas, seja pelo poder de interferir na empresa privada, atenta contra as liberdades individuais, pois só é exequível num regime totalitário. Assinala GIUSEPPE D’EUFEMIA: “Diversamente, l’espressione “diritto al lavoro” indica la posizione di vantaggio assicurata ai cittadini, o anche agli stranieri, mediante l’obbligo posto alle

pubbliche autorità o ai privati imprenditori di dare posti di lavoro a chi si trova in determinate condizioni e secondo determinazioni legali. Come libertà giuridica di lavorare il diritto al lavoro è una libertà fondamentale che caratterizza, insieme agli altri classici diritti di libertà, civili e politici, i regimi politici democratici liberali; come pretesa individuale all'occupazione retribuita è invece possibili solo in un regime di gestione diretta dell'economia da parte dello stato o perlomeno di totale pianificazione, cioè, in regimi incompatibili con i classici diritti di libertà connessi alla dignità della persona”<sup>8</sup>.

No mesmo sentido se pronuncia FELICE BATAGLIA: “Na realidade, uma intervenção em virtude da qual o Estado, além de garantir as condições que tornam possível o escambo, dê concretamente trabalho, por imposição ao empregador, não há dúvida que supera todo contraste, mas destrói também a liberdade inicial, reduzindo-a a servidão pública”<sup>9</sup> Da mesma corrente é GAMA CERQUEIRA: “Ao dever de trabalhar corresponde, portanto, o direito ao trabalho, entendido não no sentido de ser a sociedade ou o Estado obrigado a fornecer diretamente o trabalho, o que só excepcionalmente se admite, mas no sentido da necessidade de ser a sociedade organizada de tal modo que o trabalho seja favorecido e que cada um possa trabalhar livremente para prover às suas necessidades vitais, condição primordial de todo progresso humano”<sup>10</sup>.

CESARINO JUNIOR encara o problema de forma diversa: “Entendida, como hoje é, a função do Estado, não somente como a de um guardião do Direito, mas também como a de promotor do bem comum, do bem-estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o dever de garantir a liberdade de trabalho, como até mesmo o de proporcionar êste

---

8. Cf. *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milão 1958, p. 21 e 22.

9. *Filosofia do Trabalho*, São Paulo, 1958, p. 320.

10. *Sistema de Direito do Trabalho*, São Paulo, 1961, p. 299.

trabalho a todo homem válido, e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos (*chômage*), seja por motivos subjetivos (invalidez, vadiagem)”<sup>11</sup>.

Em suma, entedemos que em tôda sociedade deve haver o direito de trabalhar compreendido como liberdade jurídica do indivíduo trabalhar onde e como quiser e apenas com êsse sentido, porque todo cidadão deve ter a obrigação de trabalhar.

Devendo os cidadãos cumprir um dever frente à coletividade, com relação ao trabalho, o Estado deve garantir a existência de trabalho para todos, não empreendendo atividades econômicas, mas estabelecendo, através da legislação, o equilíbrio entre a oferta e a procura de mão de obra.

3. *Razão de ordem.* Vamos tentar demonstrar, neste estudo resumido, como a questão do direito e do dever de trabalhar se apresenta face aos postulados das principais correntes do pensamento econômico.

Após êsse exame estudaremos a orientação do Direito brasileiro frente a êsse tema.

Posteriormente, examinaremos os institutos jurídicos brasileiros que restringem ou ampliam o direito e o dever de trabalhar, encerrando o estudo com algumas conclusões.

## CAPÍTULO II.

### O problema perante as doutrinas econômicas.

SUMÁRIO: 4. O direito e o dever de trabalhar perante as doutrinas econômicas. 5. A doutrina liberal. 6. A doutrina socialista. 7. A doutrina social católica.

4. *O direito e o dever de trabalhar perante as doutrinas econômicas* — As inúmeras doutrinas que o exame da realidade econômico-social sugeriu aos diversos estudiosos

---

11. *Direito Social Brasileiro*, 1963, vol. II, p. 30.

podem ser agrupadas em três grandes ramos: liberal, socialista e intervencionista.

O critério da divisão é o da intervenção ou não do Estado no domínio econômico-social.

Para a doutrina liberal, como veremos melhormente, o Estado não deve intervir; os socialistas propõem uma intervenção tal, que seja abolida a propriedade dos meios de produção; finalmente, a corrente intervencionista sugere uma intervenção moderada do Estado, de maneira a haver uma equitativa distribuição da riqueza, assegurando-se, dessa forma, condições razoáveis de vida para toda população de um certo país.

Cada uma dessas doutrinas será ligeiramente examinada a seguir, a fim de nos capacitar a conhecer a situação do problema do “direito e dever de trabalhar” frente aos seus postulados.

5. *A doutrina liberal* — O liberalismo, segundo os historiadores das doutrinas econômicas, surgiu com ADAM SMITH<sup>12</sup>.

Para este economista, o Estado deve se abster de intervir na ordem econômica, pois existe uma tendência entre as pessoas e na própria natureza que as encaminha para a realização daquilo que é melhor para a sociedade. O bem comum, entendido como o bem de todos e o de cada um em particular, seria, pois, facilmente atingível pelo desenrolar espontâneo dos fatos, em decorrência de uma ordem preestabelecida.

---

12. Cf. DANIEL VILLEY, *Historia de las grandes doctrinas económicas*, Buenos Aires, 1960, p. 121 e seguintes; RENÉ GONNARD, *História das doutrinas econômicas*, Lisboa, 1942, Vol. II, ps. 196 e seg.; ERIC ROLL, *Historia de las doctrinas económicas*, México, 1958, p. 131 e seg.; ÉMILE JAMES, *Histoire des théories économiques*, Paris, 1950, p. 5 e seg.; CHARLES GIDE, *Cours d'économie politique*, Paris, 1930, vol. I, p. 26 e seg.; GAETAN PIROU, *Traité d'économie politique*, Paris, 1946, vol. I, ps. 234 e seg.; PAUL HUGON, *História das doutrinas econômicas*, São Paulo, 1962, p. 120 e seg..

Afirma PIROU que, em linhas gerais, ADAM SMITH e os fisiocratas se encontram. “Como êles, Smith julga que existem leis naturais e que o objeto da ciência econômica é descobri-las. Êle é, pois, *um dos fundadores da ciência econômica*. Como êles, crê que a melhor atitude para os poderes públicos, em matéria econômica, é a abstenção; preconiza o “laissez faire et laissez passer”. É, pois, *um dos fundadores da doutrina liberal*”. E, mais adiante, continua PIROU: “Adam Smith atribui à ordem natural um fundamento puramente psicológico. Ressalta que, no rumo normal das coisas, os homens são movidos pelo interesse pessoal. Cada qual persegue fins particulares. Ora, a observação nos mostra que êstes interesses particulares realizam espontaneamente o interesse geral e que as atividades individuais deixadas livres asseguram por si mesmas, por seu entrecruzamento espontâneo, a adaptação da oferta à procura, da produção às necessidades”<sup>13</sup>.

Ante tais idéias que se espraíram especialmente pela França, onde os principais nomes foram Jean Baptiste Say, Charles Dunoyer, Frederic Bastiat, a liberdade em tôdas as suas manifestações constituía um corolário.

Assinala PAUL HUGON: “Com efeito, a liberdade se impõe em seu sistema como consequência de benfezaja harmonia espontânea entre o interesse do indivíduo e o da sociedade e como corolário do fato de ser o indivíduo o único apto para discernir e buscar a satisfação de seu próprio interesse”<sup>14</sup>.

É óbvio que, ante tais postulados da doutrina liberal, a liberdade chegando ao seu máximo grau, cada indivíduo ficaria entregue aos seus próprios desígnios.

Assim sendo, sob as condições da livre concorrência, da sujeição absoluta da vida econômica às leis da oferta e da procura, a pessoa possuiria um ilusório direito ao trabalho. Se as condições econômicas fôsem tais que apenas metade

---

13. *Ob. cit.* na nota n. 12, ps. 235 e 236.

14. *Ob. cit.* na nota n. 12, p. 127.

de uma população conseguisse ocupação remunerada (não nos esqueçamos que o advento da doutrina liberal coincidiu com a chamada revolução industrial) o Estado deveria permanecer alheio a êste fato e contemplar o restante do povo sucumbir.

A liberdade absoluta, pois, é incapaz de assegurar direito algum pela simples harmonia dos interesses, e, muito menos, o direito ao trabalho. *A fortiori*, o Estado, ente jurídico representante da coletividade, devendo permanecer alheio à proteção de seus cidadãos, não poderia exigir dos mesmos a prestação de trabalho. O dever de trabalhar, pois, também não existiria.

Relata BONIFÁCIO FORTES os eventos que se sucederam pela coincidência do liberalismo e da revolução industrial: “Na proporção em que as indústrias se desenvolviam, as oficinas dos artesanatos se fechavam. Os artesãos vieram às cidades procurar os necessários meios de subsistência e trabalho nos estabelecimentos da burguesia. Redundou desta nova situação a exploração dos primeiros pelos que possuíam os meios de produção. Essa exploração tendia a aumentar gradativamente quanto mais intensa fôsse a atividade capitalista. O nôvo estado de coisas, que inaugurava um regime de liberdades políticas para uma classe mais numerosa que a aristocracia, baseava-se no individualismo e no liberalismo. Segundo o individualismo defendido pelos teóricos do direito natural, a sociedade é um agregado humano constituído para a realização dos valores individuais. O liberalismo — tese econômica justificadora e garantidora dos interesses da burguesia, inspirada nos fisiocratas e clássicos inglêses — possuía o “*laissez faire, laissez passer*” como base de suas pretensões. A liberdade humana, que daria a cada um o direito de fazer o que quizesse, não equivalia em igualdade de condições, em igual oportunidade. Positivamente, a distante concretização da igualdade e a existência de uma liberdade teórica e mesmo negativa, “pois consistia na faculdade ilimitada de o operário vender-se ao preço que o empregador quizesse pagar, preço que era,

naturalmente, o menor possível, o mínimo apenas para que o trabalhador subsistisse” consistiam as graves contradições do Estado Liberal ou Estado de Direito. Quando, pois, a liberdade jurídica perdeu contacto com a realidade social, tornou-se, por conseguinte, fator de opressão do fraco pelo forte e fonte de desequilíbrio na sociedade. O trabalhador ficava isolado ante a classe que possuía o poder estatal. Valia como pessoa física, mas concretamente possuía menos direitos que uma pessoa, pois a sua “liberdade” não podia ser usada em prol de seu bem estar e de sua família, de vez que a opção resultaria em pior situação que a miséria constante em que sobrevivia com sua mulher e seus filhos menores. Não havia proteção porque todos eram “iguais” e não há proteção entre os iguais. Desta forma, a liberdade, sustentada hipòcritamente em nome de concepções individualistas e liberais, iria, segundo Robert Nossé, tornar-se, em suma, a liberdade do forte de explorar o fraco”<sup>15</sup>.

Nestas circunstâncias, não existia também o direito de trabalhar, no sentido de ser o indivíduo livre para escolher o tipo de serviço que mais lhe agradava e o empregador que queria. Ficava êle cingido, quando encontrava ocupação, a aceitar as condições impostas pelo dador de trabalho.

Assim, a liberdade total na vida econômico-social, sem a mínima ingerência do Estado, levada à sua máxima realização, demonstrou que a faculdade do indivíduo de dispor de sua fôrça de trabalho não passava de uma concepção platônica, que só serviu para beneficiar uma minoria, os donos do capital.

Esta situação provocou reações de duas espécies, que a seguir examinaremos.

6. *A doutrina socialista* — Os exageros do liberalismo levaram certos pensadores a buscarem uma doutrina que os combatesse.

---

15. *O Direito do Trabalho e as Constituições*, in “Revista da Faculdade de Direito de Sergipe”, ano X, n. 10, 1962, ps. 128 e 129.

Surgiu, assim, o socialismo que, através de suas várias correntes, busca em suma o seguinte: estabelecer a igualdade entre os indivíduos através da supressão da propriedade privada e da liberdade econômica. Estabelecer-se-ia, desta forma, um regime de propriedade comum e a planificação da economia.

Na lição de PAUL HUGON “Realmente, a partir da primeira metade do século XIX, começam a surgir numerosos sistemas socialistas. MARK qualificou-os de utópicos. De fato, caracteriza-os o traço espiritualista. Franceses e ingleses serão os seus mais célebres representantes. Na segunda metade do século, subordinar-se-á o pensamento socialista ao marxismo que, em 1848, fêz a sua aparição com o “Manifesto Comunista”, e se imporá sobretudo a partir da publicação do “Capital” em 1867. Formará, a seguir, o socialismo — sem se identificar com o marxismo, a cuja forte influência, entretanto, não escapou — no campo da tática e da política, os diversos sistemas ainda hoje existentes”<sup>16</sup>.

Esclarece J. HAMPDEN JAKSON que a palavra “socialismo” não foi utilizada senão depois de 1832, quando um francês, Pierre Lerroux, definiu-a como “a expressão exagerada da idéia de associação ou de sociedade”. — Se tivéssemos de fixar uma data natalícia para o socialismo, ela se situaria aproximadamente em 1821 ou 1822, anos que viram o aparecimento de três livros de autores mais tarde reconhecidos como seus precursores”<sup>17</sup>

Como se apresentaria o problema do direito e do dever de trabalhar ante as doutrinas socialistas, que adotam a planificação da economia?

Dí-lo a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que aplica a doutrina que nos ocupa, no seu art. 12: “Na URSS o trabalho é um dever e questão de honra para todo cidadão apto, de acôrdo com o princípio: “Quem

---

16. *Ob. cit.* na nota n. 12, p. 191.

17 *Marx, Proudhon e o socialismo europeu*, Rio, 1963, p. 9.

não trabalha não come”. O princípio adotado na URSS é o do socialismo: “De cada um segundo sua aptidão, a cada um segundo seu trabalho”.

No regime de “organização da economia”, para usar uma expressão de GONNARD, o trabalho constituirá um dever do indivíduo para com o Estado, quando este julgar necessária a contribuição de todos os cidadãos no desenvolvimento econômico. O indivíduo, assim, não poderá escolher o ócio porque o Estado exigirá a aplicação de sua força de trabalho; por outro lado, se o Estado entender de ocupar apenas metade de sua população no processo econômico haverá o desemprego para a outra metade, que não poderá exigir a ocupação de sua força de trabalho.

Desta forma, perante a doutrina socialista o trabalho constitui um dever e não um direito. Não há o direito do indivíduo exigir do Estado que lhe dê trabalho e nem o direito de trabalhar como liberdade de escolher o empregador e a atividade que mais lhe agrada.

Certos livros, todavia, tentam convencer que na URSS há plena liberdade de trabalho.

É o que afirmam N. COLESOV, G. ANACHQUINE e N. BABINE: “As perguntas feitas pelos norte-americanos durante a conversação radiofonizada com os colaboradores do Ministério do Ensino Superior da URSS, no início de 1958, são eloqüentes por si mesmas. “A escolha da profissão se faz livremente na Rússia?” “A formação planificada dos especialistas não usurpa a liberdade do indivíduo?” Cada cidadão soviético, usando exemplos tirados de sua própria experiência, poderia facilmente explicar aos sábios norte-americanos qual é a situação vigorante na URSS, bem como mostrar que a livre escolha da profissão e a possibilidade de trabalhar segundo as suas capacidades são garantidas pelos princípios constitucionais do direito ao trabalho e do direito à instrução. Na URSS, a base econômica das relações de trabalho é a propriedade social dos meios de produção. Todos os cidadãos soviéticos têm o direito de trabalhar nas

empresas pertencentes ao povo. O trabalho é, ao mesmo tempo, o dever de todos os membros da sociedade soviética”<sup>18</sup>.

Se permanecermos, entretanto, no campo meramente doutrinário, verificaremos que, para fugir dos exageros do liberalismo, o socialismo chegou a outros extremos, incompatíveis, por sua vez, com a natureza humana.

7. *A doutrina social católica* — Há uma solução intermediária entre a liberdade absoluta dos indivíduos entregues ao evoluir dos acontecimentos e o controle total dos mesmos pelo Estado. É aquela proposta pelos adeptos da doutrina chamada intervencionista.

Dentre as correntes intervencionistas destaca-se a elaborada pela Igreja Católica, denominada “doutrina social católica”.

A doutrina social da Igreja manifesta-se através das encíclicas papais. A primeira surgiu em 1891, da autoria do Papa Leão XII, denominada *Sobre a condição dos operários*, mais conhecida como “*Rerum Novarum*”; em 1931 surgiu a Carta Papal “*Sobre a restauração da ordem social*” ou “*Quadragesimo Anno*”, do Papa Pio XI; em seguida apareceram “*Sobre a recente evolução da questão social à luz da Doutrina Cristã*” ou “*Mater et Magistra*”, 1961, Papa João XXIII e “*Pacem in Terris*”, do mesmo Papa, vinda à luz em 1963.

Esclarece PAUL HUGON que “As grandes transformações técnicas do século conduziram à concentração das empresas e, com ela, a desequilíbrios e oposições de forças que várias vezes ameaçam o indivíduo e a sociedade e tornam mais viva e perigosa a luta de classes. Esta, depois de MARX, torna-se a bandeira do socialismo. Considerando esses fatos a Igreja marca, então, sua posição doutrinária. Essa posição é ditada, antes de tudo, por considerações de justiça, o

---

18. *A propriedade social e a liberdade individual na URSS*, São Paulo, 1963, p. 124 e 127.

que conduz a criticar o liberalismo na medida em que, ocupando-se das *vantagens* dos interesses no plano econômico, desinteressa-se êle das conseqüências desfavoráveis no plano *social*. Essa preocupação de justiça, aliada à de fraternidade e de paz social, levam a Igreja a criticar também o socialismo, quer por sua oposição a certas instituições intimamente ligadas à iniciativa e à dignidade do homem — tal como a da propriedade privada — quer por sua posição favorável à luta de classes”<sup>19</sup>.

De uma maneira geral, a doutrina social católica propugna pela intervenção moderada do Estado na ordem econômico-social, a fim de assegurar a todos e a cada um em particular, um nível de vida compatível com a dignidade humana.

Desta forma, o problema da liberdade de trabalho se apresenta perante a doutrina social católica de uma maneira especial. Prega-se a liberdade de trabalho, mas não aquela que conheceu o liberalismo, em que havia total ignorância do trabalhador pelo Estado, de maneira a torná-lo explorável pela parte mais forte na relação de trabalho, isto é, o capitalista.

A liberdade pretendida pela doutrina social católica, como sinônima do direito de trabalhar, é a que permite ao indivíduo escolher, sem estar premido por circunstância alguma, a profissão que mais lhe agradar, o empregador que mais lhe aprouver, sem ser obrigado a submeter-se às exigências de dador de trabalho, para não morrer de fome.

ALBERTO M. ARTAJO e MAXIMO CUERVO, em outras palavras, exprimem o mesmo pensamento: “La obligación de trabajar que Dios ha impuesto al hombre desde el origen del mundo engendra el derecho de trabajar. Este derecho no se confunde con la “libertad del trabajo”, ni con el “derecho al trabajo”. La libertad del trabajo designa historicamente un estado de hecho que, a pretexto de respetar la libertad individual del trabajador, excluye toda reglamen-

---

19. *Ob. cit.* na nota n. 12, p. 350.

tación del trabajo por la profesión y por el Estado. Semejante estado de hecho se halla en contradicción con la doctrina católica expuesta por León XIII en la encíclica “Rerum Novarum”. En cuanto al “derecho al trabajo”, consiste en el pretendido derecho del individuo sin trabajo a dirigirse al Estado para reclamar de él una ocupación remuneradora y un salario. Los poderes públicos tienen el deber de prevenir, por todos los medios a su alcance, el paro forzoso y sus consecuencias. No se sigue de aquí que todo individuo sin trabajo tenga derecho a un empleo. Pero el salario que percibe el trabajador asalariado, durante los períodos de actividad, debe ser suficiente para permitirle, mediante cajas profesionales de previsión, eventualmente subvencionadas por el Estado, subsistir durante los períodos de paro”<sup>20</sup>.

A encíclica “*Quadragesimo Anno*” trae a mesma recomendação das anteriores. É o que esclarece LUIZ JOSÉ DE MESQUITA: “No que diz respeito ao trabalho, retomando um tema referido na encíclica leonina, Pio XI ensina que êle deve ser considerado, simultâneamente, como um dever e um direito de cada um dos homens. Por conseguinte, corresponde a êles mesmos, em primeiro lugar, regular as relações mútuas referentes ao trabalho. Sòmente no caso de os interessados se omitirem ou não puderem fazê-lo “compete ao Estado dividir e equitativamente distribuir o trabalho, na forma e proporção requeridos pelo autêntico bem comum”<sup>21</sup>.

A última encíclica, “*Pacem in Terris*”, afirma, em relação ao problema que nos ocupa: “No que diz respeito às atividades econômicas, é claro que, por exigência natural, cabe à pessoa não só a liberdade de iniciativa, senão também o direito ao trabalho. Semelhantes direitos comportam certamente a exigência de poder a pessoa trabalhar em condições tais que não se lhe minem as forças físicas nem

---

20. *Doctrina social católica de León XIII y Pio XI*, Barcelona, 1933, p. 189 e 190.

21. *As encíclicas sociais de João XXIII*, Rio, 1963, vol. I, p. 134.

se lese a sua integridade moral, como tampouco se comprometa o são desenvolvimento do ser humano ainda em formação”.

### CAPÍTULO III.

#### O direito e o dever de trabalhar no Brasil.

SUMÁRIO: 8. O direito e o dever de trabalhar no Brasil. 9. Restrições ao direito de trabalhar. 10. Ampliações ao direito de trabalhar. 11. Exceções ao dever de trabalhar. 12. Exigências de cumprimento do dever de trabalhar. 13. Situações de fato que interferem com o problema.

8. *O direito e o dever de trabalhar no Brasil* — Já dissemos que a doutrina liberal coincidiu com o advento da revolução industrial. Por estranho que pareça, esta revolução, com a criação da classe de trabalhadores denominada operariado ou proletariado, e o conseqüente aparecimento da luta de classes, foi a primeira demonstração de que, no plano social o liberalismo não poderia persistir.

O Brasil, embora de forma mais tênue e em épocas diferentes, passou pelos mesmos problemas que os países europeus.

Deve-se isso às particulares condições econômicas e sociais do Brasil, muito bem expostas por JOSÉ MARIA BELLO: “As condições da terra nova e mal povoada determinaram o tipo da nossa economia primitiva, latifundiária e patriarcal, e que se conserva quase integralmente até a primeira década do século corrente. De uma economia naturalista passamos a uma economia restrita de consumo, isto é, da pequena produção agrícola necessária às modestíssimas exigências dos mercados internos e, afinal, às primeiras etapas de um semi-capitalismo agrário. Exportávamos quase que para três ou quatro países estrangeiros as sobras dos nossos produtos agrícolas. Isto mesmo tradicionalmente no regime da monocultura. Não se cogitava das possíveis atividades industriais; adquiríamos para o país o mínimo de pro-

duto manufaturados exigidos por uma coletividade pobre e sem estímulos de trabalho e de conforto. Em tal situação de rudimentarismo econômicos não podiam medrar as idéias sociais, que são plantas características da civilização urbana. A monarquia de Pedro II foi tipicamente patriarcal. Absorveu-se nos cuidados com os problemas de organização política do Brasil, deixando em plano secundário as questões econômicas. Repetiu, aliás — seja dito em seu favor — um estado de espírito comum em todo o mundo civilizado durante o domínio incontestável do Estado liberal. Vive-mos resignada e tranqüilamente sob o regime da escravidão negra. A “questão social” não tinha e não podia ter nenhum sentido num país de latifundiários e escravos. Por isto mesmo, pode-se dizer que as leis do Ventre Livre e da Abolição foram as nossas primeiras leis sociais. Pelo menos, perante a lei, adquiriam igualdade política e civil todos os Brasileiros. Em verdade, as condições do antigo escravo não se modificaram, tendo piorado sob alguns aspectos. Desorganizou-se a economia nacional e não estavam preparados para o trabalho os libertos. Nada disto, todavia, afeta o grande sentido humanitário da abolição. Libertando os negros, o Brasil lavava-se da mais vergonhosa mancha da sua história. O “clima” social e econômico dos primeiros anos da República não difere do “clima” do Império. A República foi exclusivamente uma transformação de fachada política do Brasil, embora necessária e benemérita. No ponto de vista do progresso econômico e administrativo do país, ela realizou logicamente a imprescindível conquista do federalismo. As raízes da economia nacional continuam a alimentar-se da cultura agrícola; apenas completa-se o deslocamento iniciado do seu centro, dos “engenhos” de açúcar do norte para as fazendas de café do sul”<sup>22</sup>.

Desde o descobrimento do Brasil até 1930 predominou entre nossos homens uma mentalidade liberal. Pouco se legislou em matéria de trabalho de 1500 a 1930, quando um presidente de idéias atualizadas assumiu o governo.

---

22. *A questão social e a solução brasileira*, Rio, 1936, ps. 15 a 17.

Na realidade, uma ampla legislação social, principalmente no campo do Direito do Trabalho, parte do Direito Social que encara individualmente o empregado e o empregador, unidos numa relação contratual<sup>23</sup>, tendendo a colocar ambos em pé de igualdade, amplia o direito de trabalhar, conforme o sentido que atribuímos a esta expressão. Amplia-o porque garante ao empregado um mínimo de regalias no contrato de trabalho e, com isso, concede uma certa auto-confiança à parte fraca da relação de trabalho — o empregado — de maneira a torná-lo mais independente na escolha do seu empregador.

Como bem acentua JAVERT DE SOUZA LIMA, citando outro autor: “Para CORNIL, acrescenta o professor FAURE, a igualdade de direito pode existir, em rigor, entre o operário adulto e o patrão. Mas não pode haver igualdade de fato. Premido pela necessidade de viver, o operário se encontra numa condição forçosamente inferior diante do patrão, com quem trata. E em não existindo igualdade de fato entre as duas partes, também não haverá liberdade para a parte mais fraca. Esta pretensa liberdade não é mais do que uma aparência e um engano. Na realidade, o operário é uma vítima que o patrão pode explorar a vontade. Como remediar semelhante estado de coisas? Cumpre contar com as instituições patronais, com as coalisões, com as greves, com os sindicatos? CORNIL não pensa dêste modo. Só a intervenção da lei, da autoridade, lhe parece capaz de estabelecer e de conservar o equilíbrio entre o patrão e o operário”<sup>24</sup>.

Fora dêsse campo genérico, possui a legislação social brasileira vários institutos jurídicos que ampliam o direito ao trabalho, ao lado de outros que o restringem consideravelmente.

---

23. A. F. CESARINO JÚNIOR, *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, 1963, v. I, p. 71.

24. *Du interpretação no Direito do Trabalho e outros estudos*, Belo Horizonte, 1958, p. 105 e 106.

A legislação social brasileira se formou sob a inspiração da doutrina social católica, segundo demonstram CESARINO JUNIOR e DARIO BITTENCOURT<sup>25</sup>. Esclarece este último autor: “A Política Brasileira do Trabalho origina-se do Tratado de Versalhes e das diferentes Conferências trabalhistas internacionais; e sendo certo que a Parte XIII do tratado de paz nada mais é do que uma reprodução, quase fiel, dos postulados luminosos da encíclica papalina “*Rerum Novarum*” — a conclusão lógica, irrecusável e inobscurecível, é que a referida Legislação Social-Trabalhista Brasileira se baseia, emana e tem suas raízes profundamente cravadas, haurindo a própria selva da “*De conditione Opificum*”<sup>26</sup>.

Realmente, percebe-se nas últimas Constituições Federais brasileiras a preocupação em afirmar o trabalho como direito e como dever, consoante os ensinamentos da doutrina social católica.

Assim, o art. 136, da Constituição de 1937, anterior à vigente, declarava: “O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito à proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do individuo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, ora vigente, determina no seu art. 145: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna”.

---

25. *A influência da encíclica “Rerum Novarum” na legislação Social brasileira*, in “Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Social”, Rio, 1943, v. I, p. 163 a 171; *A influência da encíclica “Rerum Novarum” na legislação brasileira do trabalho*, Pôrto Alegre, 1941, p. 14 e 15.

26. *Ob. cit.* na nota anterior.

O texto do anteprojeto da *Carta Magna* de 1946 dispunha a respeito: “A ordem econômica tem por base os princípios de justiça social, tendentes a harmonizar o direito de propriedade privada com o bem-estar e conciliar os interesses dos empregados e empregadores, no sentido da valorização humana do trabalho. Parágrafo único — O Estado, à falta de iniciativa privada, promoverá meios de assegurar a todos trabalho que possibilite existência digna”.

Informa JOSÉ DUARTE<sup>27</sup> que um constituinte se opôs ao texto do anteprojeto: “GRACO CARDOSO, depois, sustenta sua proposta contrária ao texto, que, a seu ver, assegura o impossível. É perigosa a sua aprovação. Deduz-se de seu contexto a promessa de uma organização nacional do trabalho em condições de propiciar à massa dos trabalhadores, em geral, salário pertinente à profissão individual e à dignidade de cada um deles, em particular. Proclamar esse princípio de solidariedade social e humana, ou de fraternidade cristã, com a extensão e a universalidade constantes do dispositivo em aprêço seria a Constituição assumir o solene compromisso de fornecer, indefinidamente, emprego a todas as categorias e a toda natureza e faculdade de trabalhadores, obrigando-se, destarte, a fazer aquilo que jamais chegaria a cumprir... É uma promessa ilusória, destituída de senso filosófico e prático e só tem o mérito de pôr o sentimento filantrópico ou a quimera metafísica acima das inspirações da razão, da própria realidade das coisas. Castelos de vento, a desafiar futuros vendavais...”

Defendendo a redação do anteprojeto afirmou AGAMEMNON MAGALHÃES, seu autor: “O dever do Estado é precisamente esse: assegurar oportunidades iguais para todos e distribuir empregos. Agora mesmo, na América do Norte, há uma comissão de planos para criar empregos, dirigida pelo General Fleming. Já atingiram a 4.000 e tantos os planos em toda a região, criando-se mais de 4 milhões de empregos, em grandes obras de irrigação, barragem, capta-

---

27. *A Constituição Brasileira de 1946*, Rio, 1947, v. III, p. 95 e 96.

ção de energia hidráulica, novas indústrias; e, ou o Estado assegura êsses empregos ou adotará os processos que só as nações ricas têm seguido até hoje: manter pagos pelo Estado milhões e milhões de trabalhadores. Isto é uma desgraça e cria um recalque nas massas trabalhadoras: o daqueles homens humilhados, em grupos, procurando os postos de socorro e de alimentação; gera até entre as massas operárias certo antagonismo; os que não têm emprêgo vendem com rancor os que o possuem, e êsses últimos olhando com temor e desprezo os desocupados, os que lhes podem tomar duas ou quatro horas de trabalho, como se tem verificado em outros países. O direito de dar emprêgo é exigência de ordem social. Se não distribuir empregos por meio de planos e obras, em coordenação com as atividades particulares, o Estado terá de assumir encargos que excedem as possibilidades financeiras do país”<sup>28</sup>.

Não conseguiu prevalecer a argumentação de Agamemnon Magalhães e, após várias emendas e discussões, é aprovado o texto como hoje vigora, isto é, consignando o direito ao trabalho de uma forma mais realizável. Coincide, aliás, com o pensamento por nós externado no n. 2 supra.

Comentando o citado § único do art. 145, da Constituição vigente, assim se pronuncia CARLOS MAXIMILIANO: “Por isto, ao Estado assiste o dever de providenciar para que cesse, ou pelo menos se atenuem o fenômeno do desemprego; pode até impor o seguro contra a desocupação forçosa; por outro lado, persegue e pune a vadiagem porquanto o trabalho não é só *direito*; constitui também uma *obrigação* social; a ninguém se atribui a faculdade de figurar como um pêso morto para a coletividade. Apenas, se não pode forçar pessoa alguma a executar um labor determinado”<sup>29</sup>.

No mesmo sentido THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: “O parágrafo único do artigo 145, completa o artigo, na referência feita ao trabalho como dever social e como meio

---

28. *Ob. cit.* na nota anterior, p. 100.

29. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, 1948, v. III, p. 180 e 181.

de assegurar a subsistência do homem e existência digna. Assegura também a todos, trabalho. Há portanto ali a consagração não só do *direito* ao trabalho, mas também dever, de um padrão à altura das condições sociais de cada um. O direito ao trabalho segundo as capacidades e aptidões pessoais, é uma idéia que tem a sua origem e endosso com o pensamento socialista. Pressupõe uma estrutura social e econômica adequada, uma organização especial que permita atender à exigência de todos. — Mas, como observa BURDEAU, não se pode considerar o direito ao trabalho, um princípio que se basta a si próprio, obrigando o poder público a atender todos quantos solicitam emprêgo, a qualquer preço ou não importa como. Na verdade, é uma obrigação mais ampla para o Estado — qual a de organizar a economia, reduzir os efeitos de uma política egoísta, e criar um clima favorável a todos quantos queiram trabalhar. Os planos de economia, a organização do sistema econômico, o auxílio por meio de instituições de seguros, são outros meios usados para atender ao preceito constitucional”<sup>30</sup>.

Assim, no Brasil, o texto constitucional consagra o princípio do direito ao trabalho conforme o significado que demos à expressão. Sanciona também o dever de trabalhar como obrigação do indivíduo para com a coletividade e o direito de trabalhar, na forma como o compreendemos, isto é, como liberdade do indivíduo trabalhar onde e como quiser, é assegurado implicitamente pelo texto constitucional e ampliado ou restringido por certos institutos jurídicos que estudaremos adiante.

Quais são tais institutos? Quais aquêles que constituem uma exceção ao dever de trabalhar ou tornam exigível o cumprimento dêsse dever?

Vamos elaborar uma lista de cada uma dessas categorias para depois estudarmos, com algumas minúcias, as instituições ou leis mais importantes.

---

30. *A Constituição Federal comentada*, Rio, 1949, vol. III, p. 277/8.

*Restrições ao direito de trabalhar:*

1. limitação da duração da jornada de trabalho (Art. 157, n. V, da Constituição Federal e art. 18, da Consolidação das Leis do Trabalho);

2. interrupção semanal do trabalho para um dia de repouso (Constituição Federal, art. 157, n. VI e Lei 605, de 5 de janeiro de 1949);

3. interrupção anual do trabalho para vários dias de repouso (Constituição Federal, art. 157, n. VII e arts. 129 a 153 da Consolidação das Leis do Trabalho);

4. interrupção do trabalho nos feriados civís e religiosos (Constituição Federal, art. 157, n. VI e Lei 605, de 5 de janeiro de 1949);

5. proibição de trabalho a menores de 14 anos em geral e para menores de 18 anos em determinados locais fixados por lei e em horário noturno (Constituição Federal, art. 157, n. IX e arts. 403, 404 e 405, da Consolidação das Leis do Trabalho);

6. proibição a mulheres de trabalharem em indústrias insalubres e demais atividades fixadas em lei (Constituição Federal, art. 157, n. IX e art. 387, da Consolidação das Leis do Trabalho);

7. proibição à mulher gestante de trabalhar nas seis semanas anteriores e seis semanas posteriores ao parto (Constituição Federal, art. 157, n. X e art. 92, da Consolidação das Leis do Trabalho);

8. limitação do número de empregados estrangeiros nas empresas industriais, comerciais e concessionárias de serviços públicos (Constituição Federal, art. 157, n. XI e arts. 352 a 371, da Consolidação das Leis do Trabalho);

9. exigência de preenchimento de certas condições para o exercício de determinadas atividades (Constituição Federal, art. 161).

*Ampliações ao direito de trabalhar:*

1. dispensa de forma especial para o contrato de trabalho (Art. 23, da Consolidação das Leis do Trabalho);

2. possibilidade do exercício de mais de um emprêgo (Art. 16, n. 4 e art. 414, da Consolidação das Leis do Trabalho);

3. condenação do “picketing” (Art. 197, do Código Penal);

4. agências de colocação mantidas pelo Estado (Dec. n. 3.010, de 26 de agosto de 1938, arts. 171 e 172).

*Exceções ao dever de trabalhar:*

1. impunibilidade a quem não trabalha porque tem renda (Art. 59, da Lei de Contravenções Penais);

2. faculdade legal de paralisação do trabalho (Art. 158, da Constituição Federal e Lei 4.330, de 1.º de junho de 1964).

3. concessão de aposentadoria à pessoa válida para o trabalho (Arts. 30, 31 e 32, da Lei Orgânica da Previdência Social).

*Exigências de cumprimento do dever de trabalhar:*

1. pena de prisão para o ocioso sem renda (Art. 59, da Lei de Contravenções Penais);

2. obrigatoriedade do empregado prestar horas extraordinárias de trabalho, em certos casos (Art. 61, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho) <sup>13</sup>.

9. *Restrições ao direito de trabalhar — A —* Dentre as restrições que citamos, as três primeiras, limitação da duração da jornada de trabalho, interrupção semanal do trabalho para um dia de repouso e interrupção anual do trabalho para vários dias de descanso, têm a mesma natureza jurídica e idêntica finalidade.

Constituem interrupções do contrato de trabalho, em virtude das quais, embora sem trabalhar, o empregado percebe o salário convencionado.

---

31. O Serviço Militar ou Civil obrigatório e o trabalho penitenciário são formas de prestação forçada de uma atividade, mas ficam fora do campo econômico, razão porque estão excluídos da nossa relação.

No Brasil, anteriormente aos decretos ns. 21.186, de 22 de maio de 1932, que limitou a duração da jornada de trabalho para o comércio, e 21.364, de 4 de maio de 1932, que baixou iguais determinações para o trabalho na indústria, não havia limite de duração diária para o trabalho. O empregado permanecia à disposição do empregador, teoricamente, as 24 horas do dia.

Seguindo os ditâmes expostos na encíclica "*Rerum Novarum*"<sup>32</sup>, a Organização Internacional do Trabalho, pelo *Tratado de Versalhes*, fixou algumas normas a serem observadas pelos países na elaboração de suas respectivas legislações sociais. Entre tais medidas foi recomendada a adoção da jornada de trabalho de oito horas e de um dia de repouso por semana, de preferência aos domingos.

Nestas condições, sendo hoje em dia adotado por todos os países, vigora no Brasil o limite de oito horas de trabalho por dia, de forma que, empregado e empregador, não poderão combinar uma jornada de duração superior. Excepcionalmente, poderá haver um acôrdo entre as partes para a prestação de mais duas horas de trabalho, horas estas denominadas extraordinárias, com um aumento de 20% na remuneração.

Tais disposições constam não só de lei ordinária, *verbi gratia*, a *Consolidação das Leis do Trabalho*, aprovada pelo dl. n. 5.452, de 1.º de maio de 1943, arts. 58 e 59, como também de nossa *Carta Magna*. Assim, o seu art. 157, n. V, dispõem: "A legislação do trabalho e a da previdência

---

32. "Enquanto à tutela dos bens naturais e exteriores, primeiro que tudo é um dever subtrair o pobre operário à desumanidade de ávidos especuladores, que abusam sem nenhuma discrição, das pessoas como das coisas. Não é justo nem humano o exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem é limitada como a sua natureza. O exercício e o uso a aperfeiçoam, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve portanto o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças o permitam".

social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: . . . V — duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei”.

Igualmente, com referência ao repouso semanal, que é obrigatório, há o dispositivo do n. VI, do mesmo artigo 157, que se inscreve: “repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das emprêsas, nos feriados civís e religiosos, de acôrdo com a tradição local”.

Entre nós, a Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949, regulamentada pelo Dec. n. 27 048, de 12 de agôsto de 1949, baixou normas para a aplicação do dispositivo constitucional.

A interrupção anual do trabalho ou, como melhor se denomina, férias, constitui um repouso anual do trabalhador, que pode atingir o máximo de 20 e o mínimo de 7 dias úteis, durante os quais o empregado continua percebendo seu salário. É o que dispõe o art. 132, da citada Consolidação das Leis do Trabalho. A Constituição Federal, no n. VII, do seu art. 157, assegura aos empregados tal direito.

A primeira lei sôbre férias surgida no Brasil foi a de n. 4 982, de 24 de dezembro de 1925, que concedeu 15 dias de descanso aos empregados do comércio.

Estudando a natureza jurídica das férias, ensina CESARINO JUNIOR: “Constituem elas uma obrigação para o empregador e um direito para o empregado, é certo. Mas é também certo que, se as férias anuais remuneradas são para o empregado um direito, como aliás tôda proteção concedida pelas leis sociais, são também uma necessidade para conservação de sua saúde, o que, até certo ponto, aproxima por mais paradoxal que isto possa parecer, êste direito de uma obrigação, de um dever. Vale dizer, o empregado tem a faculdade, assegurada pela lei, de exigir do empregador que consinta no seu afastamento do serviço e que o remun-

nera durante esse afastamento, como se estivesse trabalhando. Mas, tem, também, a obrigação de empregar este afastamento de acordo com o fim para que foi instituído, isto é, tem a obrigação de descansar. Aqui, mais do que nunca, embora em aceção diversa, é verdade que *jus et obligatio sunt correlata*. Logo, a natureza jurídica das férias anuais remuneradas é dupla: a) para o empregador é a de uma obrigação de fazer e de dar: de fazer, a de consentir no afastamento do empregado durante o período mínimo fixado pela lei, e de dar, a de pagar-lhe o salário equivalente; b) e para o empregado é ao mesmo tempo um direito, o de exigir o cumprimento das mencionadas obrigações do empregador, e uma obrigação, a de abster-se de trabalhar durante o período das férias. É lógico que, desta obrigação, surge para o empregador um direito, que é o de exigir o seu cumprimento. Isto pôsto, é evidente que serão as seguintes as conseqüências dessa natureza jurídica: a) a obrigatoriedade de concessão das férias anuais remuneradas pelo empregador; b) e, portanto, a aplicação de penalidades ao empregador que não o fizer; c) a proibição do trabalho nas férias”<sup>33</sup>.

B. O início da legislação social se deu com medidas de proteção ao trabalho dos menores e das mulheres<sup>34</sup>.

Para preservar-se a boa formação física e moral do menor e manter-se a da mulher, mãe em potencial, tôdas as legislações modernas estabelecem normas restritivas de sua liberdade de trabalho.

Assim, ao menor de 14 anos, diz a Constituição Federal brasileira, no n. IX, do art. 157, é proibido o trabalho; ao menor de 18 anos é proibido trabalhar em indústrias insa-

---

33. *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, 1963, p. 391/392. O art. 4.º, da Convenção n. 25, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil a 21 de julho de 1938, dispõe: “Considerar-se-á nulo todo acordo que implique o abandono do direito a férias remuneradas ou a renúncia às mesmas”.

34. Cf. WALTER HAGENBUCH, *Economia Social*, Rio, 1961, p. 113 a 122.

lubres e em serviço noturno (é o que vai das 22 horas de um dia às 5 de outro) <sup>35</sup>.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que vigorava antes da Carta Magna de 1946, não foi revogada pela mesma na parte referente ao trabalho do menor, de maneira que está em vigor o seu art. 405, que dispõe: “Ao menor de 18 anos não será permitido o trabalho: *a*) nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para êste fim aprovado; *b*) em locais, ou serviços prejudiciais à sua moralidade. § 1.º — Considerar-se-á prejudicial à moralidade do menor, o trabalho: *a*) prestado, de qualquer modo, em teatros de revistas, cinemas, cassinos, cabarés, “dancings”, cafés-concêrto e estabelecimentos análogos; *b*) em emprêsas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco e outras semelhantes; *c*) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, ofender aos bons costumes ou à moralidade pública; *d*) relativo aos objetos referidos na alínea anterior que possa ser considerado, pela sua natureza, prejudicial à moralidade do menor; *e*) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas”.

A mulher, igualmente, está proibida de trabalhar em lugares insalubres, pelo mesmo art. 157, n. IX, da Constituição Federal e, além disto, pelo art. 387, da Consolidação das Leis do Trabalho, nas seguintes espécies de atividades: “*a*) nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular; *b*) nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para êste fim aprovados”.

C. O parágrafo único, do art. 155, da Constituição Federal se inscreve: “Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo

---

35. Excepcionalmente, se do trabalho do menor depende sua subsistência e de sua família, poderá êle ser autorizado a trabalhar desde que conte mais de 12 anos de idade.

menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros”. Por sua vez, o n. XI, do art. 157, da mesma Constituição que, como vimos, determina os princípios que deve seguir a legislação do trabalho, se inscreve: “fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria”.

Há, dessa forma, uma limitação aos direitos dos estrangeiros escolherem o gênero de trabalho e também o empregador, visto especificarem os arts. 352 e 354, da Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 352 — “As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente capítulo”; Art. 354 — “A proporcionalidade será de dois terços de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística da Previdência e do Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. Parágrafo único — A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta lei, como ainda em relação à correspondente fôlha de salários”.

Explicando tais dispositivos legais esclarece CARLOS MAXIMILIANO: “Era notória e até certo ponto explicável a preferência dada pelos chefes de estabelecimentos comerciais ou industriais aos indivíduos da sua raça; o fenômeno tornava-se clamoroso em se tratando de empresas concessionárias de serviços públicos. Para remediar o mal, surgiram normas positivas, na generalidade dos casos, impondo o aproveitamento da atividade de brasileiros em dois terços

dos empregos; e, em hipóteses especiais, estendendo a exigência à própria direção”<sup>36</sup>.

D. Há certas atividades para cujo exercício é necessária grande aprendizagem, tanto teórica como prática, e só pessoas que a obtiveram poderão legalmente exercê-las.

Em vista disso, o art. 161, da Constituição Federal, estabeleceu: “A lei regulará o exercício das profissões liberais e a revalidação de diploma expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino”.

Justifica SAMPAIO DORIA tal exigência nos seguintes termos: “Em regra, é cada um o juiz único de sua capacidade natural. O gosto e a facilidade para o exercício de certos trabalhos bastam, quase sempre, ao indivíduo, para escolher bem sua carreira, profissional. — Nalguns casos, porém, não pode ser o indivíduo o juiz único de sua capacidade profissional, para o efeito de exercê-la no convívio social. Pode presumir-se um técnico, e ser um desastrado. Quando, com sua imperícia, só a si mesmo se prejudique, ninguém tem direito de reclamar. Mas se de sua falta de tino ou técnica, resultam danos aos outros, já não pode ser o produtor o juiz único de sua competência. — Se plantou fora do tempo, se carpiu mal, se descuidou da árvore, se colheu antes de maduro o fruto, seu trabalho será estéril, ou lhe dará rendimento pouco e pèco. Mas não prejudica a ninguém sua estupidez, malamanho, ou ignorância. Se se trata, porém, de um charlatão que se anuncia clínico, sua imperícia, diagnosticando sem tino, e receitando ao acaso, pode agravar a saúde dos incautos, e, até, causar-lhes ou abreviar-lhes a morte, e sem que se possa argüir a suas vítimas carência de discernimento comum. A irresponsabilização ulterior no ressarcimento dos danos que cause, nem sempre repara, satisfatoriamente, o mal causado. Algumas vezes, êsse mal é grave e sem remédio. A irresponsabilidade pelos danos põe, na mais clara evidência, a insuficiência da responsabilidade do culpado, para o assegura-

---

36. *Ob. cit.* na nota n. 29, p. 197.

mento, que cumpre ao estado, dos direitos de todos. E, neste caso, isto é, o exercício inepto do trabalho já não se enquadra na liberdade profissional; a sua proibição não na ofende. Não há liberdade de uns contra direitos de outros. Para que seja lícito ao indivíduo exercer atividades, das quais possam resultar danos graves e irreparáveis a outrem é preciso, antes do mais, que sua capacidade técnica, na atividade que exerça, seja real, e não apenas presumida. A verificação da capacidade técnica, pelo estado nada tem que ver com a livre escolha da profissão, nem com a técnica de seu exercício”<sup>37</sup>.

Com efeito, para o exercício de profissões tais como, medicina, advocacia, engenharia, assistência social, psicologia, biblioteconomia, há necessidade de freqüência a cursos denominados de nível superior, da consecução do respectivo diploma, seu registro, e a inscrição do interessado num órgão seletivo e fiscalizador dos profissionais, criado por lei.

*E.* De tudo quanto ficou exposto acima se depreende fãcilmente que as limitações criadas por lei ao direito de trabalhar têm por fundamento a proteção não exclusiva do indivíduo, mas sim da coletividade.

O fundamento da concessão dos repousos diário, semanal e anual é de ordem higiênica. O indivíduo deve manter-se afastado do seu trabalho durante um certo tempo a fim de recuperar energias para recomeçá-lo.

O benefício atingido com a prática de tal medida reflete na própria pessoa, mas também na sua produtividade e, conseqüentemente, no volume da produção. Nestas condições, atinge, pois, tôda a coletividade.

Com efeito, assinala ARNALDO SUSSEKIND: “Todos os estudiosos que abordaram o tema em foco, são unânimes em afirmar que os repousos obrigatórios do trabalhador, além de valorizar econômicamente o homem pela preservação da saúde e pelo aperfeiçoamento das suas finalidades

---

<sup>37</sup> *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1946, v. II, p. 296, 297 e 298.

intelectuais, acarreta, como conseqüência, um rendimento superior na execução do trabalho. Ainda mais, impedindo as longas e ininterruptas jornadas de trabalho, restringe o desemprego, do qual emanam tão graves males sociais e econômicos. Nos inquéritos e investigações realizados ALFREDO PALACIOS, LEON WALTER, STANLEY KENT e outros estudiosos comprovam, sobejamente e cientificamente, o que acima enunciamos. Aliás, os próprios orientadores e dirigentes das lutas sociais empreendidas no século passado, visando a limitação do tempo de trabalho, sempre procuraram focalizar que suas reivindicações não se baseavam apenas em razões de ordem biológicas e de caráter humanitário, por isso que a restrição das jornadas de trabalho atenderia também aos próprios interesses das empresas, pelas melhorias da qualidade dos produtos e maior rendimento do trabalho de cada operário”<sup>38</sup>.

Igualmente as medidas restritivas ao trabalho dos menores e das mulheres têm em vista manter a raça forte e sadia, vale dizer, indivíduos de maior resistência e produtividade.

Mais evidente é o interesse da coletividade em restringir a liberdade de trabalho para o exercício de certas profissões que exigem especial preparo, teórico e prático, conforme expusemos na letra *D* retro.

Da mesma forma, a limitação ao direito de trabalhar imposta aos estrangeiros visa proteger a coletividade brasileira, como melhormente relatamos na letra *E* supra.

Nestas condições, consideramos plenamente legítima a intervenção do Estado, através da chamada legislação social, para assegurar a seus cidadãos condições de sobrevivência, que o livre jogo dos interesses, por si só, não pode, de forma alguma, manter.

10. *Ampliações ao exercício do direito de trabalhar* —  
Dentre as ampliações ao direito de trabalhar colocamos as

---

38. *Duração do trabalho e repousos remunerados*, Rio, 1950, p. 95.

facilidades estabelecidas pelo Direito Social, para o livre exercício dêsse direito.

A. A maior facilidade estabelecida pela legislação brasileira é a dispensa de forma especial para a celebração do contrato de trabalho.

Afirma o art. 443, da Consolidação das Leis do Trabalho: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado”.

Assim sendo, estabelecem-se facilidades para o exercício do direito de trabalhar, no intuito de favorecer a parte fraca no contrato de trabalho, isto é, o empregado. Por outro lado, a fim de que tal dispositivo não pudesse servir à má fé do empregador, determinou o art. 456, da mesma Consolidação: “A prova do contrato individual de trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito”.

B. Não proíbe o Direito Social brasileiro o exercício de mais de um emprêgo por uma mesma pessoa, simultaneamente, o que constitui, sem dúvida, uma ampliação ao direito de trabalhar.

A lei delimita a jornada de trabalho, a duração semanal e anual do trabalho para evitar a exploração por parte do empregador. Fora daí, o empregado é livre para utilizar seu tempo em quantas ocupações quiser.

Tal permissibilidade não se encontra expressa em lei, mas resulta da interpretação de juristas, de outros dispositivos legais.

A propósito, ensina CESARINO JUNIOR: “Com efeito, admite-se a *pluralidade de empregos*, como se infere, em nossa C.L.T., por exemplo, do art. 16, n. 4: “A carteira profissional, além do número, série e data de emissão, conterá mais, a respeito do portador, nome, atividade e localização dos *estabelecimentos e emprêsas* em que exercer a profissão ou a função, ou a houver sucessivamente exercido,

com a indicação da natureza dos serviços, salário, data da admissão e da saída”; e do art. 414, da Consolidação das Leis do Trabalho, referente ao menor: “Quando o menor de 18 anos fôr empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas”. Assim sendo, nada impede que uma mesma pessoa seja empregado de várias emprêsas. Além disto, a C.L.T. suprimiu uma restrição existente na legislação do trabalho para as pessoas nessa situação e que era a negação a elas do direito a férias (Cf. art. 129). Assim é que o Dec. n. 23 768, de 18 de janeiro de 1934, considerava empregados para o fim da concessão de férias aquêles que “exerçam a sua atividade para um só estabelecimento”, o que evidenciava a possibilidade de mais de um emprêgo. Por sua vez a Comissão elaboradora do projeto da atual Consolidação das Leis do Trabalho assim se exprimiu na exposição de motivos do mesmo projeto: “Suprimiu-se, por outro lado, a injustificável restrição consignada no artigo 2.º do Decreto n. 23 768, de 18 de janeiro de 1934 e relativa à limitação dêsse benefício aos que apenas trabalhassem para um só empregador, o que vinha pesar desfavoravelmente sôbre numerosos empregados que consagram um esforço marginal de sua jornada, a outros serviços, em busca de melhoria de condições”<sup>39</sup>.

C. “Picketing”, processo violento mediante o qual empregados grevistas incitam seus colegas a aderirem ao movimento ou impedem que êles voltem ao trabalho, é previsto pelo Código Penal brasileiro como crime, no art. 197.

É o seguinte o teor dêsse dispositivo: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I — a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo periodo ou em determinados dias. Pena — detenção de um mês a um ano, e multa de quinhentos a cinco mil cruzeiros, além da pena correspondente a violência”.

---

39. *Ob. cit.* na nota n. 33, ps. 77 e 78.

Assegura, assim, nosso Código Penal, o direito de trabalhar para alguns empregados, não obstante outros paralisem o trabalho <sup>40</sup>.

11. *Exceções ao dever de trabalhar* — Temos no Direito brasileiro dois dispositivos de leis diversas que consagram, a nosso ver, dois verdadeiros absurdos.

A — O primeiro deles é o art. 59, da Lei de Contravenções Penais (Dl. n. 3688, de 3 de outubro de 1941), que afirma: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, *sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência*, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita. Pena — prisão simples de 15 dias a três meses”.

Isto quer dizer que uma pessoa possuindo renda, embora esta lhe chegue às mãos pelo trabalho de outrem, fica isenta do dever social de trabalhar, de contribuir com seus esforços para o progresso da nação.

Não encontramos justificativa para tal preceito legal. O ocioso pobre é vadio, o rico não...

B — O art. 158, da Constituição Federal, dispõe: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”.

Greve é a paralisação coletiva do trabalho, por parte dos empregados de uma certa empresa, para conseguirem por esse processo coativo, melhoria nas condições de trabalho.

Muitos juristas, economistas e sociólogos condenam a existência desse direito de não trabalhar, porque o exercício do mesmo acarreta conseqüências desastrosas para toda a coletividade.

SEGADAS VIANA, ex-Ministro do Trabalho, assim se manifesta sobre o problema: “Sob o aspecto econômico consideramos que a greve representa sempre um prejuízo. Não só pela perda da produção no fator tempo, como por sua repercussão entre todos os trabalhadores, criando um estado

---

40. Cf. *infra* n. 11, letra B.

de espírito que impede a eficiência da produtividade. A eclosão de uma greve provoca um desajuste na máquina produtiva que não encontra compensação na elevação do padrão de vida, especialmente porque, sem êsse desajuste, os aumentos de salário podem ser atingidos através de contratos coletivos ou de decisões judiciais ou administrativas. Não temos, sôbre as greves no Brasil, dados estatísticos; mas, no ano de 1953, estima-se a perda de dias de trabalho em 1.200.000 dias, correspondentes, a sômente em salário (média vigente nesse ano), mais de 36.000.000 de cruzeiros. Em 1960 houve cêrca de 150 greves de grande importância no país e quase 2.000 paralisações de fábricas e emprêsas de transporte, com mais de 1.000.000 dias-homens de trabalho perdidos e um prejuízo, para a economia nacional, superior a quatrocentos milhões de cruzeiros. Só em S. Paulo, segundo dados do Govêrno Estadual, houve naquele ano cêrca de 954 greves, sendo 901 na capital, abrangendo . . . . 254.215 trabalhadores com a perda de 3.252.069 horas-homem, representando, a 40 cruzeiros por hora, cêrca de 130 milhões de cruzeiros de prejuízo. Nesse Estado os movimentos grevistas atingiram 23 categorias, sendo que as que mais se destacaram foram alimentação (16 greves) e transportes, com 14 greves. Em relação ao ano de 1959 o aumento de horas de trabalho perdidas foi 8 vêzes maior em 1960”<sup>41</sup>.

Igualmente, sob o aspecto jurídico é absurda a existência do direito de greve. É o que esclarece CESARINO JUNIOR: “A evolução da humanidade se caracteriza, sobretudo, no aspecto jurídico, pela substituição da proteção pela autoridade pública à defesa privada, de tal maneira que a ninguém seja lícito, senão em casos especialíssimos, fazer justiça pelas próprias mãos. Assim a defesa privada se limita a poucas exceções: a legítima defesa, o direito de retenção, etc. E o Código Penal pune expressamente, no art. 345, o

---

41. *Instituições de Direito do Trabalho*, Rio, 1961, vol. II, p. 505 e 506.

exercício arbitrário das próprias razões, nestes termos: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”. Com efeito, nos países policiados, onde há tribunais, a estes e não aos indivíduos compete a tutela dos direitos ameaçados ou violados. Ora, a greve e o *lock-out*, em última análise, nada mais são que casos de defesa privada, evidentemente mais graves, por se tratar de atitudes não individuais, mas coletivas”<sup>42</sup>.

Nada mais será preciso acrescentar para demonstrar que esta exceção ao dever de trabalhar não se justifica, pois atenta contra interesse da coletividade.

12. *Exigências do dever de trabalhar* — Já dissemos acima que o Código Penal considera o pobre ocioso vadio e que o mesmo poderá ser condenado a uma pena de prisão simples, que varia de 15 dias a três meses. É o dispositivo do art. 59, da Lei de Contravenções Penais, que se inscreve: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita. Pena — prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único — A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência extingue a pena”.

Não deveria existir tal dispositivo na legislação de país algum, simplesmente porque não deveria existir vadios. Se uma pessoa fisicamente sadia não trabalha é porque não é mentalmente sã. Se ela não é mentalmente sã cumpre ao Estado recuperá-la, integrá-la dentro da sociedade como ser produtivo e não detê-la numa prisão.

Concordamos que o Estado exija de todos o cumprimento do dever de trabalhar, mas que o faça através de processos curativos da invalidez mental para o trabalho e não punitivos, que nada acrescentam para a coletividade.

---

42. *Ob. cit.* na nota n. 33, p. 301.

13. *Restrições de fato que interferem com o problema*  
— Vimos que as restrições legais ao direito de trabalhar existentes no Brasil foram estabelecidas atendendo a uma necessidade que vai além da órbita meramente individual. Porisso apoiamos aquelas medidas.

Ocorre, todavia, termos no Brasil uma situação econômico-social que não favorece de uma maneira geral, o direito de trabalhar, a liberdade de escolha de uma profissão.

Referimo-nos, de um lado, à impossibilidade de todos os brasileiros adquirirem instrução gratuita para conseguirem formação profissional para uma determinada atividade. E, quando isto é viável, existe a impossibilidade de concluir os cursos porque se torna indispensável o aumento da receita do lar. Em virtude disto, muitas vêzes o jovem abandona seus estudos e emprega-se numa atividade que não é aquela para a qual o enclina sua vocação.

Existe outro tipo de restrição à liberdade de trabalho que não se justifica.

Certos preconceitos mantém na mente de algumas pessoas, ainda hoje, a crença de que as mulheres são sêres inferiores em relação aos do sexo oposto ou então criaturas delicadas, carentes da proteção masculina e que, por ambas as razões, devem ser afastadas de certos tipos de atividades.

O acesso ao cargo de juiz, por exemplo, é insistentemente barrado às mulheres pelas comissões de concurso, formadas de elementos do sexo masculino, é óbvio.

Numa sociedade evoluída não podem ser admitidas tais restrições à liberdade de trabalhar. Porisso urge uma reforma na nossa situação econômico-social a fim de possibilitar a todos, democráticamente, em igualdade de condições, o acesso a tôdas as profissões.

CAPÍTULO IV.

Conclusões.

SUMÁRIO: 14. Conclusões.

14. *Conclusões* — De tudo o que expusemos desde o início dêste resumido estudo ressaltam algumas conclusões que passamos a catalogar.

*I.* Na atual conjuntura econômico-social o trabalho, como fonte de subsistência do indivíduo, constitui um direito.

*II.* Por outro lado, desde que a economia se tornou social, desde que, hoje, o indivíduo não produz apenas e exclusivamente para o seu consumo e o de sua família, desde que vivemos num regime de trocas, o trabalho constitui também um dever, que cabe ao Estado fazer cumprir.

*III.* O Estado tem para com seus cidadãos a obrigação de prover para que haja uma situação econômica tal, que possibilite a todos emprêgo.

*IV.* Se o trabalho constitui um direito, não se pode admitir a doutrina liberal que reduz o direito de trabalhar a mero postulado formal, visto ter a realidade provado que os interesses não se harmonizam automaticamente, mas sim se chocam, prevalecendo o domínio do economicamente forte.

*V.* Por sua vez, a doutrina socialista também não admite o direito de trabalhar porque o Estado planeja de tal maneira suas atividades econômicas que não haverá possibilidade de livre escolha. Por outro lado, haverá o dever de trabalhar, cujo cumprimento poderá ser exigido de qualquer maneira pelo Estado.

*VI.* Aconselhável é o regime de intervenção moderada, como o propugnado pela doutrina social católica, em que às liberdades de uns não se contraponha o total esmagamento de outros. Haverá limitações ao direito e ao dever de trabalhar, exigidas pelo bem comum.

*VII.* Há certas limitações ao direito de trabalhar, no Direito brasileiro, que se justificam, tendo em vista não só a proteção do indivíduo contra o economicamente forte, como também da coletividade.

*VIII.* Não é justo, no Brasil, que se exija de todos o cumprimento do dever de trabalhar se o Estado não oferece a todos igualdade de oportunidades de preparação profissional.

*IX.* Não se podem admitir exceções ao dever de trabalhar que acarretem prejuízos à coletividade.

*X.* Certos preconceitos devem ser banidos para possibilitar o acesso das mulheres às profissões compatíveis com sua situação peculiar.

## *CONFERÊNCIAS E DISCURSOS.*

Discurso pronunciado no Tribunal de Alçada,  
na Guanabara, ao receber a cruz do mérito  
judiciário, no dia da justiça.

*Candido Mota Filho*

Ministro do Supremo Tribunal Federal —  
Professor Catedrático de Direito Constitucional  
na Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo.

“Senhores Magistrados.

Para nós, juizes, que não temos as facilidades do poder, nem as consagrações dos vitoriosos, que vivemos no consôlo do dever cumprido, — êste prêmio, vindo de onde vem, é o que, sem vaidade, poderíamos desejar. Ao recebê-lo, no dia de hoje, que relembra que a história da civilização não é mais do que a história da Justiça, — procuramos, no calor destas palavras e nos compromissos que elas reafirmam, traduzir os nossos agradecimentos.

Esta solenidade, meus Senhores, se realiza num instante grave da vida brasileira, quando uma revolução vitoriosa se propõe a reparar os males do desregramento e da subversão, que vêm consumindo as energias do País. Como foi feita e para o que foi feita, ela procurou ser, de comêço, discreta na carga de medidas radicais, como também se auto-limitou, pondo a salvo o sistema de garantias jurídicas consubstanciadas na Constituição e nas leis.

Com isso, a Justiça continuou a sua tarefa, na salvaguarda dos diretos em conflito e da ordem democrática constituída.

Viram muitos, nessa confraternização do movimento revolucionário com a legalidade um contrasenso, porque as revoluções, por índole, falam a linguagem da violência, enquanto que as leis falam a linguagem do direito e da ordem. E, daí, a pergunta, que assume entonação pungente: *Como pode um movimento destinado a afastar certos males, encrustrados de há muito, no maquinário do Estado, embarçar-se sob a pressão de velhos compromissos legais?*

Mas, esta pergunta, que agora se faz neste recinto, não é de hoje e vem sendo formulada nas ocorrências do mundo atual, porque vivemos uma época de problemas surpreendentes, que é a época das revoluções.

Na Europa, velha de guerra, vítima maior de duas conflagrações de caráter mundial, as revoluções vem fornecendo à Sociologia Política, à Teoria Geral do Estado, à Ciência e à Filosofia do Direito, êsse tema emocionante, porque as revoluções, por mais radicais que se mostrem, como a Revolução Francesa e a Revolução Russa, não puderam, de pronto, abandonar as leis existentes, naquilo que elas auxiliariam a consagração da ordem possível ou de um mínimo de ordem.

É que a revolução verdadeira, aquela como a concebe ORTEGA Y GASSET, que prefere atacar os usos mais do que os abusos, não pode negar a existência de direito, garantido pela lei, mesmo porque, na sua ruptura com o coexistente, a revolução é uma forma de reclamar direitos e lutar por êles.

Os juizes, que são a boca da lei, que não participam, por dever de officio, de qualquer atividade política, não podem dizer dos rumos revolucionários, mas podem dizer, sem qualquer constrangimento, que descobrem nessa aproximação entre a revolução e a legalidade, o caminho mais seguro para a convivência social.

RENAN, que estudou as revoluções italianas, revela que elas alcançaram até seu tempo, ao número de sete mil e duzentas, com mais de setecentos massacres, sem que, com

tudo isso, a tradição ficasse morta. (*Les révolutions d'Italie*).

No século vinte porém, — testemunhamos nós, — a Itália viu-se assaltada pelo fascismo, por invasões estrangeiras e, afinal, conquistada pela República. Sofreu, por isso mesmo, as dificuldades de manter certa legalidade em meio das atribulações revolucionárias. Enquanto o fascismo mantinha a Constituição e numerosas leis do regime deposto, a República, que justificava seu horror ao fascismo, mantinha, apesar disso, muitas leis do regime fascista.

Há, em consequência, numerosa literatura sob êsse desconfiado diálogo entre a legalidade e a revolução, realçando-se o estudo do mestre SÍLVIO TOSI (*A revolução e a ordem jurídica*), que mostra, à luz meridiana, que a afirmativa marxista, que considera como fetichismo burguês, o culto da legalidade, — é, historicamente, vasia de sentido, porque, para êle, não há uma só crise revolucionária, nem mesmo a russa de 1917, que tenha, radicalmente, negado a continuidade do direito legalmente constituído, principalmente enquanto o direito novo, não está em condições de substituir o antigo.

Aliás, DEL VECCHIO, com abundância de argumentos, estuda o problema das leis nos períodos revolucionários e, depois de acentuar que existem sempre motivos para impugnar-se a ordem jurídica, ou pela aspiração de uma justiça mais perfeita ou pela ânsia egoísta de subtração aos deveres que ela impõe, — escreve: — “Quem aspira simplesmente, sacudir de si o pêso dos deveres impostos pela ordenação jurídica estatuída, não pode dizer que luta pela Justiça. Nada se deve pretender em nome da Justiça sem que haja sujeição ao vínculo por ela impôsto e que é a correção radical do egoísmo”. (*A Justiça*)

Na França, atormentada, ainda mais, depois da última guerra, se viu envolvida pelo mesmo problema, quando o ódio e o mêdo criavam por tôda parte, “o complexo da traição”. É o que mostra FREDERIC JAFFRÉE, no exame do papel da Justiça na climática revolucionária, em seu ensaio

sôbre os tribunais de excepção, quando não vacilla em descer ao processo do General SALAN e dos membros da O.A.S., para acentuar a impossibilidade de extinguir-se, mesmo nos momentos extraordinários, a justiça ordinária. E o respeitável RIPERT, em seu livro sôbre as forças criadoras do direito, ao lembrar a serpente de PAUL VALERY, diz que a revolução só se impõe à sensibilidade popular, quando procura manter um sistema de garantias jurídicas. E conclui: — “Toute révolution est à la fois une rupture avec la tradition et la utilization de cette tradition”.

O mesmo aconteceu na Espanha, que teve, no passado, sua época de “pronunciamientos”. Na tragédia impetuosa da última guerra civil, os excessos foram atenuados pelas leis que conseguiam sobreviver. O próprio SALVADOR MADARIAGA, incorrigível liberal, escreveu no exílio: — “Os tribunais, que se sentem vigiados, é que fazem que todos saiam ganhando...” (*De la angustia a la libertad*).

Por fim, a Alemanha, derrotada na primeira guerra, tomada pelo grupo social democrata e por Hitler, invadida por fim, após a segunda derrota, dá ampla margem para que os juristas enfrentem o tema, que entra em fase polémica a partir das posições assumidas pelo positivismo kelseniano. HEINRICH HERRFAHRDT escreve um livro sôbre a *Revolução e a ciência do direito*, no qual procura resumir os debates travados. Para êle, a modificação violenta dos fundamentos jurídicos do Estado, não impede que o direito procure cumprir sua missão, mesmo que defronte com o radicalismo dos Conselhos de trabalhadores e soldados. Como RADBRUCH e KELSEN, êle procura então encarar de frente o problema da vigência. E estuda a delicada posição do juiz obrigado a restringir, exclusivamente, seu comportamento, aos pontos de vista jurídicos. Porém, faz ver que o juiz, que julga pelo direito, na severa obediência à lei, consegue se impor, mesmo diante das desconfianças e das objeções dos mais extremados, que proclamam que a justiça não ajuda os intuitos revolucionários.

Como se vê, pela experiência histórica, pela própria realidade do conteúdo jurídico e do papel, intransferível, que êle exerce no plano da vitalidade social, a revolução, como força política “extra legem” e “contra legem”, tem sede da lei, como a tem a sociedade normalmente constituída. A justiça “é então ordem social” como afirma MIRCEA DJUVARA.

Mesmo, pelo fato da revolução trazer consigo um poder constituinte, isto não quer dizer que êsse poder, não se incline, no próprio interesse revolucionário, por certas leis existentes. Eis porque, em 1789, insiste-se em conservar certos andaimes para que o edificio social, em obras, não soçobre. E podemos ler, em documento dessa época: — “La Convention Nationale décrète que jusq’à ce qu’il en aient autrement ordonné, les lois non abrogées seront provisoirement executées; que les pouvoirs non révoqués ou non suspendus seront provisoirement maintenus; que les contributions publiques existantes continueront à l’être perçues et payées comme pour le passe”. (MAURICE DUVERGER, *Collection des Lois et des Decrets*, t. 5., p. 1).

Uma revolução, meus Senhores, que coloca o instrumento da legalidade para a consecução de seus fins, para revolver, como o arado, a terra para o plantio, pode ser mais trabalhosa, pode inquietar aos mais inquietos; é, contudo, mais firme na conclusão de suas vitórias.

No Brasil, a revolução da independência nacional, que se fêz sob as idéias libertadoras do século XVIII, foi, desde logo, no vazio da Colônia, conduzida com o emprêgo das leis portuguesas. Proclamada a República, que destruía uma forma de Estado e uma forma de govêrno, o nôvo regime não repudiou tôdas as leis monárquicas, senão as aproveitou para a eficácia da nova ordem. Por isso, os chefes civis e militares, de 1889, viram, de pronto, a necessidade de manter certas leis, para que fôsse mantida a revolução.

É verdade que as revoluções levam, em seu impulso, entre seus apaniguados e heróis, os incoerentes, os intem-

pestivos, os aventureiros, os insólitos, como aquêles que se assemelham a Gamelin de *Les dieux ont soif*, de ANATOLE FRANCE.

Mas, por isso mesmo, os juizes, não podem deixar de compreender aquilo que STHENDAL denomina “o direito da realidade”, isto é, o estado febril da sociedade, com o seu pulso irregular e apressado e verificar, assim, onde a lesão revolucionária resiste à cicatrização, onde ao direito é vedado a entrar e onde êle precisa entrar.

Não é a crise do direito que perturba o juiz, mas os fatos que se entrechocam e o perigo de ser sua missão explorada pelos manejadores de conflitos.

Mesmo, com êsses dados oferecidos por um momento contraditório, o juiz tem, como medida de suas decisões, os direitos fundamentais do homem, isto é, aquêles que resguardam sua liberdade e sua dignidade.

Com a mais segura convicção, êle repete com IHERING que “o direito é a melhor política do poder”. E se a revolução quer se definir pela verdade democrática e proclamar por eixo a justiça, que podeis fazer mais senhores Juizes?

Podemos responder, sem vacilar: — Vamos aplicar o direito existente, enquanto existente; vamos fazer viver a lei enquanto a lei existir.

É isto, meus caros Colegas, o que antes fazíamos. É o que estamos fazendo agora, afastando de nós os interêsses que não sejam do povo e da Nação.

Assim, honramos as insignias que hoje recebemos, conservadas daqui por diante, pela intrepidez de nossas convicções, pela serenidade de nossas sentenças, pelo dever que temos de servir à Justiça para servir, com ela, aos direitos do povo brasileiro.

# O meu Dante \*.

*Miguel Reale*

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

**SUMÁRIO:** Compreensão unitária das obras de Dante — Significado da *Vita Nuova* — A adoção da língua italiana e seus reflexos no plano filosófico — O problema dos valores na *Divina Commedia* — Política e Direito numa teoria do amor integral.

O que Eduardo Bizzari me pede é um depoimento, ou seja, uma confissão sôbre o significado de Dante Alighieri em minha experiência pessoal. Como cultor do Direito, sei bem do risco inerente a tôda confissão, válida, em princípio, contra o depoente em tudo que êle diga em seu próprio dano. Do momento, porém, que anuí ao convite, aceitei todos os riscos, quando mais não fôsse pela alegria de estar compartilhando das comemorações que a cultura brasileira deve ao excelso poeta.

Quis a fortuna que a minha experiência de Dante se processasse segundo momentos que talvez possam ser caracterizados, pelo seu sentido prevalecente, como sendo de convivência lírica, de compreensão filosófico-poética e de meditação filosófico-política, exclusão feita, como se vê, da experiência religiosa tão essencial à comunhão com um

---

\* Conferência comemorativa do centenário do Poeta, feita a convite do adido cultural da Itália em São Paulo, no "Instituto Cultural Ítalo-Brasileiro", e posteriormente, na União Brasileira de Escritores, sob os auspícios do Conselho Estadual de Cultura.

poeta que soube fundir em cálida unidade a fé, o amor e a poesia.

Antes, porém, de afrontar os três ciclos de minha vivência dantesca, tenho, a meu modo, o meu limbo, que me leva à suave recordação de minha infância, quando ainda suspenso no mundo do sonho e da perplexa fantasia. É-me grato lembrar essa época porque ela está ligada à figura serena de meu pai, que formara o seu espírito na Universidade de Nápoles, ainda sob o impacto renovador dos ensinamentos de Bertrando Spaventa, Francesco de Sanctis, Luigi Settembrini, Giovanni Bovio e tantos outros, cujos nomes muito cedo ouvi lembrar com respeitoso entusiasmo.

Todos sabem como as gerações, que se sucederam imediatamente ao “Risorgimento italiano”, mantiveram-se fiéis à chama de Dante, vendo justamente na obra do grande florentino uma razão profunda cimentadora da unidade cívica e da cultura da gente itálica. O orgulho patriótico de Dante continua sendo em todo italiano uma constante, de tal modo êle encarna o gênio peninsular, sendo êsse, abstração feita de outros elementos não menos relevantes, um dos motivos de sua significação universal.

Pois bem, era meu pai um homem lúcidamente integrado naquela tranqüila geração que sorria com Renan e se entusiasmara com Carducci, conservando de Dante como que uma gigantesca imagem plástica, de um grande mural mediévo, ao qual se achegavam respeitosos os homens que haviam depositado, confiantes, as suas razões de viver e de morrer numa concepção científico-positiva do universo e da vida.

O culto de Dante, que ameaçava degenerar naquele “dantismo” a que se referiu Benedetto Croce nas páginas minuciosas dedicadas à cultura partenopéia nas últimas décadas do século passado,<sup>1</sup> constituiu, dêsse modo, a atmosfera espiritual em que, desde cedo, me vi envolvido. A mais

---

1. CROCE, *La letteratura della nuova Italia*, vol. IV, Bari, 1915, págs. 296 e segs.

remota lembrança que nesse sentido guardo na memória liga-se a um dos livros mais caros de minha biblioteca, à edição da *Divina Commedia*, de Sonzogno, com as famosas ilustrações de Gustavo Doré. Fascinava-me o grande livro, que me era permitido folhear de olhos acesos, querendo adivinhar o sentido das estranhas gravuras que me falavam à imaginação como se fôsse um mundo mágico destinado à aventura dos adultos.

Ante minhas perguntas insistentes, que iam crescendo com o correr dos anos, meu pai me enriquecia de respostas compatíveis com a minha idade. Ao ouvi-lo, porém, recitar versos e versos do poema, enchia-me de assombro e de misteriosa veneração.

Foi então que se deu um fato decisivo em minha vida. Resolveram matricular-me no “Instituto Medio Dante Alighieri” da Capital paulistana. Tinha pouco mais de onze anos e, até então, vivera uma vida despreocupada e feliz, repartindo o tempo entre as aulas e as fugas para as margens risonhas do rio Sapucaí, em Itajubá, onde o Presidente Wenceslau Braz se refugiava, ao cair da tarde, para a sua habitual pescaria, com o séquito dos chefes políticos locais, seguido de um bando irrequeto de garotos, entre os quais me incorporava ávido de aventuras.

Via-me, pois, de repente, sujeito à inesperada disciplina de um internato talhado em moldes antigos. Vida áspera sobretudo para mim que não sabia uma palavra de italiano e me via submetido a todo um sistema nôvo de vida, com novos hábitos e nova língua a adquirir.

Minha meninice e adolescência iriam, pois, transcorrer, durante oito anos, sob o signo de Dante, mas de um Dante patrioticamente estruturado, ao qual meus primeiros mestres se referiam como a um símbolo encoberto, a um personagem distante acessível somente graças a uma longa peregrinação...

Na realidade, por longo tempo Dante continuou a representar em meu espírito o papel de mago oculto, menos

real, naquele dantismo convencional, do que nas gravuras da primeira infância.

Foi só ao atingir o curso liceal que fui atraído pela leitura da *Vita Nuova*, na edição comentada de Giovanni Melodia que meu progenitor me presenteara para assinalar a nova fase de meus estudos. Começou, assim, o meu namôro com a poesia de Dante.

Digo namôro, porque recebi a carícia daquela poesia e daqueles versos numa ânsia de fidelidade romântica, como me aconteceu logo depois ao me confundir com as páginas ardentes do *Werther* de Goethe.

Na idade em que a intuição do amor desponta e a imaginação se colora do eterno feminino, a leitura da *Vita Nuova* deixa, — pelo menos foi o que me aconteceu, — uma impressão indelével. Não sei se é por ter sido e continuar sendo um homem que acredita nas virtudes do sonho, mesmo quando a realidade mais crua me cerca e me oprime, o certo é que recebi a figura idealizada de Beatriz como uma pessoa de carne e osso que encontramos para nosso encantamento.

Não foi mister, naquela oportunidade, senão abrir a alma para recebê-la, na sua realidade poética e, tanto mais humana quanto mais poética, a imagem da “*donna gentile*”, que só poderia aparecer ao poeta “*vestita di nobilissimo colore umile ed onesto sanguigno, cinta e ornata a la guisa che a la sua giovanissima età si convenia*” (*Vita Nuova*, II).

Lembro-me que, naquela oportunidade, só tive olhos para ler o texto, todo êle poético, desprezando as longas notas do comentarista, que esmiuçam as fontes inspiradoras do poeta, debatendo conhecidos problemas sôbre o sentido alegórico ou o fundo teológico da obra. Confesso que, mesmo mais tarde, quando o homem adulto se concentrou na análise dêsses temas subtis, nada conseguiu apagar de meu espírito a fôrça autônoma da realidade artística, pura e essencialmente poética, da Beatriz que então se aninhou nas cordas da minha sensibilidade.

Há talvez uma Beatriz para cada idade, como várias Beatriz houve para Dante, e é também certo que uma não substitui as outras, mas tôdas juntas vão compondo e enriquecendo a imagem de mulher mediante a qual o nosso ser se modela e se completa.

Digam o que disserem os insensíveis à realidade inamovível dos gêneros literários e das escolas; advertam-nos êles quanto ao que há de convencional e de esquemático na construção da *Vita Nuova*, que esta continuará sendo sempre uma fonte de espontaneidade poética, uma confissão íntima de jovem para jovens.

Embebi-me, pois, do “dolce stil nuovo”, aceitando sem reservas o culto da mulher amada, com os seus ritos e cerimônias litúrgicas, sem os distinguir uns dos outros, assim como o verdadeiro crente não sabe nem pode fazer distinções eruditas extrínsecas entre o culto e a crença, o valor figurativo dos gestos e a intimidade cálida da prece.

Quando se tem quinze ou dezesseis anos, não é mistér ser iniciado nos sublimes arcanos do “preraphaelismo” para receber-se a poesia lírica do jovem Dante, com simpática e irresistível atração, pois cada adolescente naturalmente se identifica com versos como êstes:

“Io me sentí svegliar dentro a lo core  
Un spirito amoroso che dormia”...

(*Vita Nuova*, XXIV)

e é levado a acreditar piamente que

“Amor e 'l cor gentil sono una cosa”.

(*Vita Nuova*, XX)

Pois bem, chamado a depor de minha alma o que nela julgo ter sido inspirado por Dante, devo dizer-vos que data daquela época a minha primeira criação de poeta bissexto. É um soneto de adolescente, válido apenas como sintomático estado de alma. Intitula-se, por sinal, “Beatriz”, e vou reproduzí-lo tal como, naquela época, o julguei perfeito:

### Beatriz

“Tu m’hai di servo tratto a libertate”  
(Paradiso, XXXI, 85)

Amor meu peito ainda não tortura  
no brilho de um olhar bondoso e amigo,  
nem uma imagem ternamente abrigo  
que suspirar me faça em noite escura.

Se de uma Beatriz tôda a ternura  
angélica ou terrena ver consigo,  
num sonho que clemente está comigo,  
o sonho morre e nasce outra amargura.

Talvez, vencida a selva em que vagueio,  
venha a encontrar a imagem de mulher  
por quem no sonho tanto clamo e anseio.

Então, com seu amor, fôrça hei de ter  
para afrontar na vida, sem receio,  
o sofrimento que redime o ser”.

Digo que êsses versos são sintomáticos porque, na sua expressão ingênua, englobam alguns dos elementos litúrgicos da poesia “cortese”: a idealização da mulher amada, a bipolaridade do angelical e do terreno, o sentido de purificação pelo sofrimento, e o lenitivo que se espera do amor-redenção.

Fácil será, pois, compreender como a minha passagem à *Divina Commedia* se deu sem solução de continuidade, olhos fixos em Beatriz, para reencontrá-la, sem espanto, como aparecera no primeiro encontro, “vestita di color dī fiamma viva”, mesmo porque jamais me convenci da procedência da tese segundo a qual não haveria ligação essencial de conteúdo e de inspiração, mas apenas material ou circunstancial, entre a obra prima de Dante e seus principais trabalhos anteriores, a *Vita Nuova*, o *Convivio* e o *De*

*Monarchia*.<sup>2</sup> Uma concepção estética atomizante, que pretendeu fragmentar o ato criador do artista em formas singulares de pretensa intuição pura, perdeu de vista a concretude, isto é, a totalidade existencial em que cada obra do Alighieri se insere, numa unidade dinâmica.<sup>3</sup>

Mas voltemos à minha experiência pessoal, já que é dela e só dela que me cabe falar. A leitura da *Commedia* liga-se, em meu espírito, a um dever escolar, sabido como, naquela época, o “Instituto Médio Dante Alighieri” seguia os padrões do curso secundário italiano, sendo a leitura e o comentário do poema obrigatórios nos três anos do Liceu, ou do Colégio, como em má hora se preferiu dizer entre nós.

Felizmente, a *Divina Commedia* já havia sido arrancada das mãos dos gramáticos, e não fomos torturados com rebuscadas questões filosóficas ou os temíveis esquemas de análise lógica com que os mestres de português, no Brasil, até época bem recente, se incumbiam de afastar a juventude da mensagem poética dos *Lusíadas*...

As aulas sobre Dante, confiadas a um professor muito caro a meu coração, Francisco Isoldi, não primavam por excelências de compreensão estética, mas eram dadas com dedicação e esmero. Aos poucos, os versos, decorados antes por obrigação, passavam, imperceptivelmente, a fluir espontâneos em nossa sensibilidade, e, ainda hoje, cantam-nos na memória como uma componente de nosso ser pessoal.

---

2. Assim pensa, por exemplo, CROCE. Cf. *La poesia di Dante*, 3.<sup>a</sup> ed., Bari, 1922, p. 48. Adotando ponto de vista oposto, LOUIS GILLET exagera: “Toute la *Divine Comédie* est en germe dans deux stances de la *Vita Nuova*” (GILLET — *Dante*, Americ-Edit., p. 14).

3. DANTE mesmo nos adverte sobre a diversidade expressiva da *Vita Nuova*, em confronto com o *Convívio*, “quella fervida e passionata, questa temperata e virile”, mas sem entender “però a quella in parte alcuna derogare, ma maggiormente giovare” (cf. *Convívio*, I, 1).

Com acuidade pondera GENTILE que as obras dantescas se integram sucessivamente, e que quando êle interrompeu a composição do *Convívio*, “il fine stesso più maturamente persegui nella *Commedia*” (*I problemi della Scolastica e il pensiero italiano*, 3.<sup>a</sup> ed., vol. XII, das Obras Completas, p. 18).

Dante tornou-se, dêsse modo, fator decisivo em minha formação humanística, completada por outro curso que paralelamente freqüentava, de cunho mais científico, o chamado “curso seriado”, então impôsto pelas leis brasileiras como condição de validade para ingresso em nossas Faculdades superiores. Diga-se, de passagem, que foi inestimável bem essa ocasional combinação de estudo de “humanidades” e de “ciências”, apontando talvez as linhas de um humanismo mais concreto, em cuja unidade os valores das ciências positivas devem se harmonizar com os das letras, cooperando para uma determinação mais plena e, ao mesmo tempo, mais aberta, da personalidade humana.

Daqueles três anos de convívio com a *Divina Commedia* quero aqui lembrar apenas um episódio, o da atração que sôbre o meu espírito exerceram os valores estéticos da concepção filosófico-teológica de Dante, no contexto da cosmovisão medieval.

Tal estudo tomou-me de tal paixão que cheguei à ousadia de pedir ao mestre de literatura que me dispensasse de meus deveres semanais para poder me dedicar a trabalhos de maior envergadura. Lembro-me que, com a arrogância própria da juventude, escolhi êstes pomposos temas: “Beatriz e a Teologia”, “Dante e o homem moderno”.

Não sei onde foram parar essas páginas, mas sei que andei compulsando ensaios como os de Isidoro Del Lungo, Benedetto Croce, A. F. Ozanam, Giovanni Gentile, Giuseppe Tarozzi e Francesco Torraca, além das clássicas lições de De Sanctis, perdendo-me num mar de conjeturas. Já nesse tempo se firmava em meu espírito o amor pela filosofia, sendo um consôlo pelo menos me iludir que por ela tenha entrado de mãos dadas com a poesia.

Não me seria possível reproduzir aqui o que então escrevi com entusiasmo e convicção, mas, em sua essência, não divergiria hoje daquelas intuições primeiras, ao criticar a imagem teológica convencional de Beatriz, ou ao procurar lobrigar no mais medieval dos poetas as luzes do mundo moderno.

Dante é, sem dúvida, um dos pensadores mais significativos da Idade Média, mas é, acima de tudo, um poeta, o que significa que a sua metafísica jamais deixa de ser fundamentalmente estética, sendo, a essa luz, distinta do pensar de Aristóteles e de Santo Tomás.

Talvez seja impróprio falar-se em transmutação da sua filosofia em poesia, quando é a poesia que condiciona originariamente a recepção dos elementos essenciais daquela, numa unidade concreta indissolúvel. Podem-se notar, nesta ou naquela outra passagem do poema, a estrutura ou o arcabouço rígidos da Escolástica, mas o que prevalece é um modo expressional diverso e próprio, perdendo os conceitos a sua validade abstrata para adquirirem aderência mais íntima com as cousas significadas. A experiência filosófica confunde-se com o conteúdo mesmo da poesia, numa linha de continuidade espontânea que a unidade da consciência poética torna possível.

Não creio seja questão primordial saber o que Dante teria acrescentado de original ao pensamento tomista, assim como seria fora de propósito pretender ter êle se valido das categorias lógicas e metafísicas da Escola para expressar um pensamento fundamentalmente diverso. O certo é que nas obras de Dante muitos dos motivos da Escolástica se tornam, por assim dizer, “mundanos”, transferidos para o plano da “*Lebenswelt*”, como uma imagem que descesse do altar para conviver entre os homens. Compreende-se, desarte, o primado que o poeta confere à Filosofia moral sôbre a Metafísica, fato êste que, no dizer de Étienne Gilson<sup>4</sup>, é deveras singular e único no pensamento medieval, a traduzir uma preocupação inédita pelo problema existencial do homem, e já marcando o advento de outras valências históricas.

A questão tantas vezes reaberta, e que me havia proposto no curso liceal, sôbre se Dante é o último homem da Idade Média ou o primeiro homem da era moderna é, no

---

4. Cf. ÉTIENNE GILSON, *La philosophie de Dante*, Paris, 1939, págs. 107 e segs.

fundo, um pseudo-problema, como tôdas as perguntas formuladas à margem da daleticidade da história, quando as linhas convencionais de referência cronológica tendem a esquematizar, deturpando-a, a continuidade do tempo vivido. Daí as falsas alternativas, que atingem as personalidades mais representativas, aquelas que quanto mais se inserem na temática espiritual de seu tempo mais antecipam as trajetórias do futuro.

Se tal fato é irrecusável em tôdas as épocas, torna-se ainda mais visível nos momentos culminantes de cada ciclo de cultura, quando o ápice da perfeição atingida, na relatividade do processo histórico, já contém o germe de seu superamento. Mais do que em seus contemporâneos, tais sinais de transição se mostram em Dante, o que não é de se estranhar, sendo próprio do poeta o sentido demiurgo e desvelante, tão palpável na correlação existente entre “vate” e “vaticínio”. Diria que Dante está todo imerso no mundo medieval, mas como uma crisálida em seu casulo, intuindo na potencialidade das asas o frémito iminente do vôo, o próximo arremêso lírico, em suma, do homem moderno na conquista de novos horizontes.<sup>5</sup>

Não se diga que, com tais considerações, estou me afastando do tema proposto, pois o meu Dante é também o que penso dêle e de sua obra, a imagem que adquiri em seu convívio, no seu banquete de imagens e de idéias. Dizer como concebo a filosofia do Alighieri seria, porém, tarefa árdua e longa, fora dos objetivos estritos desta conferência. Direi apenas, a guisa de exemplo, que encontro na obra de Dante uma riqueza de motivos axiológicos que fala muito diretamente ao pensador contemporâneo, o qual, no dizer feliz de Jéan Wahl, é mais um cavaleiro do Valor do que um servidor do Ser.

---

5. Tal ordem de idéias levou-me mais tarde, inclusive pela consideração da obra de DANTE, a designar a Idade Média como “Idade Inicial”, sob o ângulo do desenvolvimento das concepções políticas modernas. Cf. MIGUEL REALE, *Formação da política burguesa*, São Paulo, 1935, I Parte.

Ser-me-ia grato mostrar-vos, mas isto ficará talvez para outra oportunidade, como Valor e Ser no poema dantesco reciprocamente se convertem. Na imensa bibliografia destinada a captar a prodigiosa riqueza da inspiração dantesca há sempre lugar para se vislumbrarem aspectos novos, um dos quais me parece sugerido pela crescente importância que a problemática dos valores assume na atormentada filosofia de nosso tempo.

O emprêgo freqüente que Dante faz da palavra *valor* em seus escritos, como decorrência, em primeiro lugar, da opção decisiva e genial pelo sentido concreto e vivo da língua italiana, como “alcuna cagione del *suo* essere” (*Convivio*, I, XII) e as diversas acepções que aquele termo apresenta desde as páginas iniciais da *Vita Nuova* até às culminâncias metafísicas da *Commedia*, eis aí, a meu ver, um rico e fecundo manancial de pesquisas, inclusive para verificar as correlações, implicações e até mesmo as razões de identidade que vão se constituindo entre Ser e Valor, Valor e Bem ou Valor e Amor, para além do que possam sugerir meras conjeturas de ordem filológica<sup>6</sup>.

Nunca será demais acentuar a importância do problema aqui suscitado quanto às conseqüências do emprêgo da “língua volgare” no trato de temas filosóficos. No caso particular de Dante, — que, juntamente com o Maestro Eckhart, seu grande contemporâneo, é um dos primeiros a tratar de filosofia em linguagem nacional, — acresce que vem esta embebida de elementos emocionais inerentes à

---

6. Não cabe aqui desenvolver a análise da problemática do valor na concepção de DANTE, a começar pelas acepções da palavra *valore*, ora significando *fôrça* ou *coragem* (“Li occhi son vinti, e non hanno valore / Di riguardar persona che li miri — *Vita Nuova*, XXXIX) ora indicando *mérito* ou *virtude* (“E dirò del valore / Per lo qual veramente é l'uom gentile”, *Convivio*, Canz. III), ora correspondendo a *bem*, a *perfeição* ou a *fim*, como nos exemplos lembrados no texto. O problema alarga-se, aliás, a toda poética do “dolce stil nuovo”, como em GUIDO CAVALCANTI, em cujos versos o termo é de amplo e variado emprêgo, cumprindo remontar às matrizes da poesia provençal, assim como estudar as poesias de amor e de amigo, com as de D. DINIZ.

poesia do “dolce stil nuovo”, onde o uso freqüente do termo “valor” apresenta conotações originais e novas, irredutíveis, a meu ver, às palavras “virtus”, “bonum” e outras as vêzes lembradas como seu correlato latino.

Na história das íntimas conexões entre poesia e filosofia, é capítulo merecedor de singular meditação êste relativo ao possível influxo da lírica do séc. XIII sôbre a posição especial do Alighieri ao dar preeminência aos assuntos de Filosofia moral, consoante acima já foi lembrado, e conferindo uma coloração axiológica inédita a certos temas tradicionais.

Bastará recordar que “Essere”, “Amore” e “Valore” são termos que mui freqüentemente se implicam na temática filosófico-poética do Alighieri, animando de um sôpro nôvo a cosmovisão teleológica aristotélico-tomista e a concepção mesma de Deus.

Deus, para Santo Tomás, não é apenas o Ato puro ou o Primeiro Motor da filosofia aristotélica, na ordem da causalidade racional, mas é também Ato de Amor. Em lugar do Deus de Aristóteles, “pura atividade teórica que repousa eternamente em si mesmo, que não tem nenhuma necessidade de agir, que não saberia mesmo agir, precisamente por ser para si mesmo o seu próprio fim”, como explica magistralmente Chevalier, temos o Deus-amor, o Deus-vida objeto de amor, de tal modo que “agir e amar é ainda contemplar, e a sabedoria é amor, tanto e mais que inteligência.”<sup>7</sup>

Tais idéias constituem o fulcro essencial ou a raiz unitária e harmônica do ser e da existência na estrutura da *Commedia*, resplandecendo o Amor como mediação entre

---

<sup>7</sup> Cf. JACQUES CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, vol. II, “La pensée chrétienne”, p. 339. Na mesma linha de pensamento GILSON já escrevera: “Quando se lê, nos comentários da *Divina Commedia*, que o último verso do grande poema não é senão tradução do pensamento de ARISTÓTELES, está-se bem longe da verdade, pois o *amor che muove il sole e l'altre stelle*, não tem de comum senão o nome com o primeiro motor imóvel. O Deus de SANTO TOMÁS e de DANTE é um

Deus e o homem, desde o Amor carnal ao Amor divino, uma vez que ao Verbo de Deus aprouve redimir o gênero humano

“con l’atto sol del suo eterno amore”

(*Paradiso*, VII, 33).

Se Deus é amor, é também Valor,

“lo primo ed ineffabile Valore”,

(*Paradiso*, X, 3),

o Valor que dá sentido a tudo que é e existe, “impresso in tutto l’universo”, razão pela qual as cousas estão de tal modo ordenadas que

“Qui veggion l’alte creature l’orma  
de l’eterno Valore, il quale è fine  
al quale è fatta la toccata norma”

(*Paradiso*, I, 106-108).

Parece-me, por conseguinte, desenvolvendo intuições juvenis, que, mais do que nas obras dos filósofos medievais que o inspiraram, Dante deu um nôvo sentido, de caráter axiológico, à problemática do Ser, sendo influenciado, especialmente através de Boécio, também pela concepção platonica do Amor como a fôrça ou elemento que condiciona e mantém a unidade do cosmos.

Dir-se-ia que ao calor da Poesia, o Eros dantesco converte o Ser em Valor, dando às categorias ontológicas da Escolástica um sentido imprevisto, um poder de comunica-

---

Deus que ama, o de ARISTÓTELES é um Deus que se deixa amar; o amor que move o céu e os astros, em ARISTÓTELES, é o amor do céu e dos astros por Deus, enquanto que aquêle que os move, em SANTO TOMÁS e DANTE, é o amor de Deus pelo mundo”. (*L’esprit de la philosophie médiévale*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 1944, p. 76).

8. Sôbre essa passagem, v. GIUSEPPE TAROZZI, *Teologia dantesca studiata nel Paradiso*, Livorno, 1917, págs. 7 e seguintes.

ção universal, acima dos esquemas de um diálogo puramente intelectual.

Ora, essa centralidade do Amor não a sinto apenas na *Commedia*, onde o amor adquire *valor transcendente*, mas governa tôda a obra do Alighieri, tal como me foi dado sentir quando, ao entrar para a Faculdade de Direito de São Paulo, tive a minha terceira experiência com o meu Dante, o das páginas do *Convivio* e do *De Monarchia*, isto é, como pensador político.

Já antes, aliás, me seduzira a paixão política de Dante, pois sempre sinto natural atração por quem me possa servir de exemplo de fidelidade ao lema de vida que ambiciosamente me tracei no prefácio de meu primeiro livro, *O Estado Moderno*: “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”.

Eu, que já tivera a atenção voltada para a análise do amor dedicado por Dante à mulher, à sabedoria e a Deus, passei a conhecer o seu amor pelo gênero humano, nos quadrantes da política.

O poeta que, no *Convivio*, nos adverte “che senza amore e senza *studio* non si può dire *Filosofo*, ma conviene che l'uno e l'altro sia” (III, XI), condena aquêles que se dedicam à ciência por motivos de utilidade, “per acquistare moneta o dignità”. Digna de meditação é a definição que êle nos dá de Filosofia como “*uno amoroso uso di sapienza*”, pois isto equivale a transcender o plano puramente teórico, para estabelecer uma viva correspondência entre *teoresis* e *praxis*. Dante chega mesmo a dizer ousadamente que a filosofia, “in sè considerata, ha per *suggetto* lo *intendere*, e per *forma* un quasi divino amore (sic) allo intelletto”. Não admira, por conseguinte que, ao concenter o seu espírito no estudo da vida social, não as olvide, mas antes as tenha ainda e sempre presentes as razões de amor, tessitura essencial de tôda a sua atividade cultural.

Assim é que fundamenta a Monarquia na maior possibilidade dos homens e dos grupos humanos se amarem.

quando subordinados a um príncipe que a todos igualmente ame, e “in questo amore le cose prendano ogni loro bisogno, il quale preso, l’uomo viva felicemente” (*Convivio*, IV, IV).

Quer Dante que, a exemplo do Amor único que governa o universo, o amor dirija também unitariamente o destino da espécie humana, invocando êstes versos de Boécio:

“O felix humanum genus,  
Si vestros animos amor,  
Quo coelum regitur, regat!”<sup>9</sup>

É essa altíssima compreensão da vida social que leva Dante a dar-nos uma das mais penetrantes definições do Direito, que me encantou quando pela primeira vez a ouvi, numa aula do Professor Vicente Ráo, meu antigo mestre de Direito Civil. Vale a pena, como conclusão destas lembranças, recordar a famosa passagem do *De Monarchia*:

“Quicumque praeterea bonum Reipublicae intendit, finem iuris intendit. Quodque ita sequatur, sic ostenditur: Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit” (L. II. V).

Ainda hoje em minhas aulas de Filosofia do Direito invoco tais ensinamentos, acentuando a sua espantosa modernidade, pelo profundo sentido social do Direito que revela, pela harmoniosa composição dos valores da pessoa com os da comunidade que realiza, pela compreensão, em suma, do Direito como instrumento de vida e de convivência, e também por ter o poeta sabido surpreender a inteira correlação entre o “bem do Estado” e o fim do Direito como tal.<sup>10</sup>

---

9. A invocação desses versos de BOÉCIO é bem significativa, pois são os últimos da poesia que canta o amor como a força suprema do mundo, a que harmoniza as coisas e os homens (Cf. *De Consolatione Philosophiae*, L. II, Metrum VIII).

10. Sobre tais pontos, v. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 3.<sup>a</sup> ed., p. 542.

É do amor ainda que estamos tratando, do amor ao homem como pessoa, *ut singulus*, e do amor ao homem como membro da sociedade, *ut socius*, isto é, amor ao Direito e à Justiça, centelha do amor “che move il sole e l’altre stelle”.

Dessarte, se fôr mister uma palavra conclusiva para esta conferência, seja-me lícito discordar daqueles que pensam ter Dante abandonado, na maturidade, o propósito juvenil expresso nos belos versos que dedicou a Guido Cavalcanti:

“Guido, i’ vorrei che tu e Lapo ed io  
Fossimo presi per incantamento,  
E messi in un vascel, ch’ad ogni vento  
Per mare andasse al voler vostro e mio;  
.....  
E quivi ragionar sempre d’amore”<sup>11</sup>

Longe de abandonar o batel do Amor, o Alighieri dirigiu-o para todos os pontos “del grande mar dell’essere”, ou “del mar de l’amor”<sup>12</sup> deixando os recantos acariciantes do amor carnal pelas fecundas plagas do amor à ciência e à filosofia; afrontou as vagalhões traiçoeiras da política por amor dos valores humanos da justiça; elevou-se aos céus com os olhos fixos nos olhos de amor de Beatriz para culminar, por fim, no amor-êxtase, quando, nas profundezas do valor infinito, compreendeu como

“s’aperse in novi amor l’eterno amore”

(*Paradiso*, XIX, 18)

e, humilde, presumiu

“ficar lo viso per la luce eterna”.

(*Paradiso*, XXXIII)

---

11. *Rime*, LII.

12. *Paradiso*, I, 114 e XXVI, 62.

Poeta do amor integral, como modêlo que soube ser de homem integral, ascende Dante das mãos sábias e “paternais” de Virgílio para as mãos transparentes e “maternais” de Beatriz e destas para as mãos místicas de São Bernardo. Não é Santo Tomás, o doutor da razão, quem guia o poeta aos abismos do amor supremo, mas sim São Bernardo, o fiel servo de Maria, o maior místico do século XII, o mestre medieval por excelência da doutrina do amor cristão, desde o amor físico (*primus gradus amoris*) ao amor místico com que a criatura volve à fonte primeira.

Torno a confessar, essa experiência religiosa e mística culminante transcende os limites de meu ser pessoal, e o Dante que mais sinto junto ao meu peito é o homem Dante que sorri e espera, desespera e grita na “picciola aiuola che ci fà tanto feroci” (*Paradiso*, XXII, 151).

Permiti que, ao encerrar êste depoimento, ouse ainda vos ler um pequeno e desprezioso poema da mocidade, no qual se contém talvez a imagem mais viva de meu Dante, por estar ligada a uma fase de minha vida na qual também me foi dado provar

“come sa di sale  
lo pane altrui, e como è duro calle  
lo scender e’l salir per l’altrui scale”.

(*Paradiso*, XVIII, 58-60)

São êstes os versos:

### Eterno poema.

Dante, era tal a selva dos instintos  
ao soletrar curioso o poema eterno  
que não sentia a fome dos famintos  
tantálicos de luz de teu Inferno.

Entre as figuras que immortalizaste  
vaguei sorrindo, cético, cismando  
que o gênio é como o sol: requeima uma haste,  
mas a ilumina mesmo condenando.

Agora que me vejo em dor desfeito,  
volvo a teus versos como a fonte pura,  
e o teu poema amolda-se a meu peito  
como se amolda a tôda criatura.

Temeroso me achego ao teu Virgílio  
no mestrado do amor e da razão,  
para escutar sereno a voz do exílio  
e, entre penas, pedir uma canção.

Tombo contigo ao pêso da lembrança  
e de piedade diante de Francesca,  
e a carne me remói na atroz vingança,  
conde Ugolino Della Gherardesca.

Vivo o teu rosto pálido de morte  
ouvindo o altivo guelfo de Florença,  
e o teu sorriso abrir-se ao gentil porte  
de Arnaut, “trouveur” nas côrtes de Provença.

Nem sei como surpreendes a quem leia  
pondo no céu Sigério de Brabante,  
ou a Avicena louvando tolerante,  
só por amor da idéia pela idéia.

Mas é talvez ao pé de teu Ulisses  
que a sêde natural mais me consome,  
transpondo ousado o que teu verso disse,  
menos em busca de Deus do que do homem.

Bem vês que não te sigo em teu caminho  
de amor e fé que transcendentaliza,  
tão trancado me vejo no escaninho  
do mundo amargo que meu corpo pisa.

E se de meus mais íntimos refulhos  
não me nascer amor igual ao teu,  
adorarei Beatriz longe dos céus,  
com a chama de teus sonhos nos meus olhos.

# Por quê, ainda, o abôrto terapêutico?\*

*J. B. de Oliveira e Costa Júnior*

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

Concedeu-me, o nosso ilustre diretor, Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, a honra insigne de, nesta alvorada de novo ano letivo, falar no primeiro encontro do calendário escolar, que, na realidade, representa o início do diálogo e o dia da confraternização cordial e festiva, para a renovação dos propósitos de bem servir, através do trabalho e do amor ao estudo, à pátria comum, a qual deposita em vós, caros alunos, as mais justas e carinhosas esperanças.

E por isso, é que, as minhas primeiras palavras são de boas vindas e de saudação amiga aos que retornam após o indispensável repouso, e aos recém-chegados, transbordantes de fé, animados todos, porém, pelo mesmo ideal e pelas mesmas disposições de cumprir com seus deveres específicos, contribuindo, assim, para o engrandecimento da cultura e dos postulados universitários.

A convivência mais afetiva possível, o respeito essencial às inter-relações humanas e a serenidade dos julgamentos deverão nortear a vida universitária, sem os favores indesejáveis, que podem corromper e humilhar a mocidade acadêmica, impedindo-a, até mesmo, de compreender o muito com que o povo contribui para o seu aprimoramento, e de sentir o dever imperioso de ressarcir-lhe pelos benefícios usufruídos.

---

\*. Preleção inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965.

Dest'arte, a melhor forma de podermos corresponder aos anseios coletivos é, para o professor, o de ensinar e, para o aluno, o de aprender.

A minha parte começo já.

Ouvireis, costume dizer a meus discípulos, cada um dos mestres asseverar que a disciplina por êle professada é a mais relevante do currículo acadêmico. Advertidos, entretanto, foram para que não acreditassem em tal afirmação porque, de fato, a mais importante, perdoem-me os meus doutos companheiros de Congregação, é a Medicina Legal. E procuro explicar, à minha moda, lembrando que pouco interessaria conhecer os institutos jurídicos quando se ignora o homem — finalidade do próprio direito.

É na cadeira de Medicina Legal que tereis oportunidade de recordar o dinamismo da personalidade humana, a constelação de fatores determinantes de seus atos e as lesões que comprometem os maiores bens tutelados: a vida e a saúde do ser humano. Essa disciplina, estudando as questões mais elevadas na hierarquia dos valores, apesar de possuir base biopsicológica, transpõe o horizonte predominantemente experimental para juntar-se, também, à ciência da moral na apreciação dos direitos e deveres dos cidadãos.

Dela depende, muitas vêzes, a prova da inocência ou da culpabilidade, a fim de que não venha alguém a curtir o amargor da prisão sem merecê-la, nem a gozar das regalias de uma liberdade indevida.

Justifico, pois, a importância que se lhe empresta; e para comprová-la faço, agora, esta pergunta como tema da aula inaugural:

**Por quê, ainda, o abôrto terapêutico?**

Todo conhecimento humano, presumidamente científico, é a resposta verdadeira a uma pergunta que se procura esclarecer, isto é, a explicação do fato através de suas pró-

prias causas, que, no caso em aprêço, pela transcendência de suas implicações, deverá traduzir a conseqüência lógica de fundamentos exatos.

Limitar-me-ei, nestas considerações, apenas ao chamado abôrto terapêutico, que, na prática, pode confundir-se com o abôrto necessário, porque o tempo não me permitiria tratar de tôdas as outras espécies conhecidas.

Êsse evento, motivo de exclusão da pena, está previsto no código vigente com o nome de “abôrto necessário”, e cujo conteúdo em nada foi modificado no anteprojeto, que o denominou de abôrto terapêutico. Digo, inicialmente, que se me fôsse permitido, chamá-lo-ia de abôrto desnecessário ou, então, de abôrto anti-terapêutico, o qual, estabelecendo redundância com o abôrto criminoso, não teria razão alguma para figurar no Código, motivando a exclusão da responsabilidade criminal.

Se é verdade que entre os antigos a intervenção abortiva foi largamente recomendada ou tolerada para atender a mulher em gestação penosa ou em trabalho de parto difícil, como entre os hebreus ou como foi defendida por Platão e Aristóteles, com as restrições dêste último, ligadas à época da animação fetal, não menos exato é assinalar a atitude de Hipócrates, o sábio de Cós, que só o admitia após a morte do nascituro, pela impossibilidade de se estabelecer a época dessa animação. E tal repulsa ouvia-se, também, em verso de Ovídio, o sublime poeta elegiaco de Sulmona, quando censurou à Corina, sua mulher, dizendo: “matando o filho no seu ventre, muitas vêzes, a mãe também perece”. Prosseguindo depois: “por que, mulheres, sujar as vossas entranhas com o ferro homicida? Por que despojar a vinha fecunda do cacho que amadurece? Por que, com mão cruel, arrancar o fruto antes da maturação?”

Seria fastidioso se procurasse analisar tôda a evolução do pensamento médico a respeito dêsse grave problema. Basta recordadas, entretanto, as manifestações das faculdades médicas de Paris e da Bélgica, as reuniões científicas realizadas em muitos países e a advertência do mestre

Carrara, no seu “Programa de Direito Criminal”, considerando, do ponto de vista médico, um “*tremendo juízo*, tôdas as vêzes que alguém tivesse de decidir entre o sacrifício certo da criatura e o provável desta e de sua mãe...”

O aspecto mais grave ainda é o de, aproveitando-se do dispositivo legal, alguém abusar da prática abortiva para esconder o seu verdadeiro objetivo. É isso o que, realmente, se verifica na prática. E quando imaginamos que vozes de protestos se faziam ouvir, em todos os recantos da terra, após os resultados de processos rumorosos, nos quais os réus foram condenados à pena capital, fico perplexo, como médico que sou, ante o silêncio que envolve a morte do nascituro, principalmente, revendo a atitude das índias de certos agrupamentos que, algum tempo antes do parto, passam em vigília, receosas de que os sonhos agourentos as obriguem sacrificar os recém-nascidos.

Poder-se-á, então, chamar civilizada a sociedade que permite a traição dos mandatos conferidos por meio de um conluio tenebroso, no qual a responsabilidade de alguns se dilui na complacência e na cumplicidade muitos, para a destruição do ser no interior do órgão que deveria representar a garantia e o sacrário de sua própria sobrevivência?

O respeito à vida humana é imperativo do exercício da medicina e das atividades afins, em qualquer fase de sua evolução: desde o início, “*Home est quid futurus est*”, na máxima de Tertuliano, até o seu bruxolear, como o sentiu Desgenettes, médico chefe do exército napoleônico, insurgindo-se contra as ordens do gênio da guerra, que determinara a eliminação sumária dos soldados pestiados, a fim de livrá-los das cimitarras turcas. Foi quando proferiu a célebre frase “*Mon devoir a moi c'est de conserver*”, verdadeiro aforismo da medicina.

Da forma como foi redigido o dispositivo penal, no código vigente e, por sinal, como também consta no anteprojeto, tenho para mim que, se honestidade houvesse na sua observância, teria sido uma norma inteiramente inócua, porque

nunca ocorreria tal espécie de abôrto; mas o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro abôrto criminoso.

Não nego que, no passado, indicações raríssimas, fôsem justificadas do ponto de vista médico, para salvar a vida materna, sem a consideração dos argumentos contrários, de ordens mais ponderáveis, os quais não pretendo aduzir, porque me propus, a mim mesmo, tratar do tema unicamente dentro do âmbito da medicina; porém, na atualidade, insistir-se no mesmo propósito só poderia demonstrar má fé ou ignorância.

Basta que meditemos um pouco nas palavras pronunciadas, em 1948, pelo Prof Raul Briquet, e que nunca foi ligado a qualquer preceito ou preconceito religioso, quando afirmou que o abôrto terapêutico significava “deficiência de conhecimentos médicos ou inobservância dos princípios básicos da assistência pré-natal”.

Que proporcione o Estado condições necessárias para a gestante chegar ao termo da gravidez, compreendo, mas permitir precipitada e sumariamente o sacrificio do nascituro, isso, não posso tolerar. Se, por analogia, adotássemos êsse critério violento, os criminosos, os contraventores ou, até mesmo, os doentes contagiantes deveriam ser eliminados porque a sociedade não conseguiu, até agora, impedir o crime, a contravenção ou a doença.

Há muito que fazer em matéria de assistência à saúde e à maternidade; procurem, portanto, os nossos governantes e legisladores os meios de bem aproveitar os recursos oficiais para fins mais úteis e honestos, do que encobrir as suas omissões com medidas anticientíficas e desnecessárias, pois, apesar das deficiências existentes, ainda assim, a medida não se justifica.

Sem pretender separar artificial e casuisticamente os abortos legais dos ilegais, anotando apenas as cifras de abortos provocados, assinalo que tal prática continua alarmante em todos os países.

Para avaliar a sua freqüência, são usados dois métodos indiretos: um, pela pesquisa das complicações pós-operatórias, que é falho dado a eficácia dos antibióticos e o aperfeiçoamento da técnica intervencionista; o outro, o da anamnese, visando registrar as interrupções da gestação, também, de resultados muito aquém da realidade. Todavia, dizem os entendidos que, anualmente, na Alemanha é de 1.300.000 o número de abortos provocados; na França, antes da última guerra, de 1.000.000 e na atualidade, menos de 800.000; na Rússia, até 1936, 75% das gestações eram interrompidas; no Japão, 2.000.000 de abortos em 1957, segundo Kato; nos Estados Unidos, um aborto para cada 3 gestações, com 2/3 de clandestinos; no Brasil, pelas estatísticas de Correia da Costa, de 1948, proporcionalmente ao seu índice populacional, os dados se aproximam aos da grande nação do hemisfério norte: 412.472 abortos, com a diferença, somente, de que, segundo as estatísticas fornecidas pelos Centros de Saúde de São Paulo, 90% dos abortos são provocados. E se analisarmos as estatísticas suécas e dinamarquesas, chegaremos a constrangedor resultado, porque o número de abortos supera o de nascimentos. E isso também foi observado em muitas regiões, que admitem o aborto terapêutico, conforme no-lo revela Jean Graven, a respeito do abuso das indicações médicas no cantão de Genebra.

Parece-me, salvo melhor juízo, que não houve guerra alguma, epidemia nenhuma ou mesmo a soma desses tristes eventos, que registrasse cifra tão elevada de vítimas, em toda a superfície da terra. Mas, acrescentado, se possível, o número de abortos não revelados e mantidos em segredo, os resultados, certamente, seriam bem mais elevados.

É, na verdade, um mar de sangue a inundar a consciência de todos nós, que direta ou indiretamente, temos, por mínima que seja, uma parcela de responsabilidade na história dos acontecimentos humanos.

Nem as leis da contracepção legalizada na Suécia, depois de 17 de junho de 1938, relata Westman (1955) e da Proteção Eugênica, de julho de 1948, no Japão, afirma Honda (1954), impediram as estatísticas assustadoras do evento. Segundo este último autor, em 3.500 famílias, observadas pela Comissão de Pesquisas Demográficas de Mainiche, havia casos de abortos em menor número entre os casais não abstêmios do que entre os casais habituados ao emprêgo de meios anticoncepcionais.

Deixando de lado as razões que, no passado recente, foram invocadas para a exclusão do crime, baseadas no maior valor do homem nascido, como sustentava Holtzendorff; ou no direito decorrente do exercício da profissão médica, como lembravam Binding e Fricke; ou na legítima defesa, como aventavam Marchand, Maxwell e outros, restariam os motivos do conflito da tutela, de bens de suposto valor desigual, para justificar o “estado de necessidade”, aceito por Groizan e Garçon e o da obtenção de um fim juridicamente reconhecido (finalidade de cura), como salientavam Meyer, Allfeld e Von Listz, únicos que dizem mais de perto com a nossa legislação, por individualizarem o abôrto necessário para salvar a vida da gestante e o abôrto terapêutico, com o fim de preservar-lhe a saúde. Quando um dêles não está referido na Parte Especial do Código, figura o outro; ou quando ambos foram omitidos, a jurisprudência reconhece a exclusão do crime, fundada em norma geral.

O nosso Código Penal art. 128 não incrimina o médico que praticar o chamado abôrto necessário se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, e considera em “estado de necessidade”, no art. 20, quem o realiza, visando “salvar de perigo atual, que não procurou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O anteprojeto do Código Penal, no art. 127 não incrimina “o abôrto praticado por médico quando é o único recurso para evitar a morte da gestante” e, no art. 26, diz: “em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, direito seu ou alheio, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo” Não há, pois, diferença alguma de conceito entre essas espécies de abôrto. Diga-se o mesmo a respeito do “estado de necessidade”, acrescido êste, porém, no anteprojeto, do reconhecimento de que se trata de um mal, de um perigo certo a evitar e de que êsse mal, pela sua natureza e importância, deva ser consideravelmente inferior ao mal evitado.

Todos os aspectos, dêsses dispositivos, posso assegurar, não encontram apoio na medicina atual: primeiro, porque há outros meios para se tentar salvar a vida da gestante; segundo, porque sendo conjeturais os diagnósticos médicos, nunca haverá certeza absoluta sôbre o êxito letal; terceiro, porque a intervenção abortiva acarreta maiores perigos para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e quarto, porque o “mal causado” não é, pela sua natureza e importância, consideravelmente inferior ao suposto mal evitado, conforme veremos mais adiante.

Quanto ao mal não provocado pela gestante, alguns autores dizem tratar-se da gravidez e outros, do perigo, não comum, criado pela gestação. Sem pretender invadir seara alheia, lembro, entretanto, que ninguém pode ignorar os perigos da gravidez, e, desejando-a, assume implicitamente o seu risco, pois, se o não criou, pelo menos, aceitou-lhe as conseqüências.

Vejamos, agora, as indicações mais freqüentes e alegadas para a prática do abôrto terapêutico, a fim de certificarmos-nos das suas injusticáveis razões na atualidade.

*Nas cardiopatias* — Se em 1902 Pinard, o chefe da escola francesa dissera, no Congresso de Ginecologia e Obstetrícia, realizado em Roma, que “as cardiopatias não constituíam indicação para o aborto terapêutico, sendo importante, nesses casos, evitar o esforço do trabalho de parto”, posteriormente, outros mestres no assunto, manifestaram sua formal reprovação à essa prática cruenta. Assim, sucedeu no XI Congresso de Ginecologia e Obstetrícia dos médicos de língua francesa, em julho de 1939, na cidade de Lausanne, quando Dauwe, professor em Anvers, após 30 anos de exercício profissional, observando 20.000 gestantes cardíacas, afirmou nunca lhe haver ocorrido a necessidade de valer-se dessa prática. Contrários, também, foram os tratadistas Dexeus Font (1949) e Botella Llusia (1955).

Watt e colaboradores, em 1954, asseveraram que gestantes portadoras de estenose mitral, com sinais de descompensação, podiam atravessar, satisfatoriamente, todo o período da gestação, se convenientemente tratadas.

A opinião de Eastman, mestre inglês e intervencionista conhecido, foi de que, a doença cardíaca reumática, com antecedentes de descompensação, principal indicação no passado, raramente se agrava pela gestação. E acrescentou, ainda, que a palavra “raramente” devia ser substituída por “nunca”.

*Na hipertensão arterial* — Essa síndrome patológica, como manifestação de toxemia gravídica, só ocorre depois do 6.º mês da gravidez, quando, portanto, a fase adiantada da evolução fetal contra-indica a técnica abortiva. E tal circunstância não é desconhecida nem em países que admitem livremente o aborto, como na Rússia, onde a jurisprudência soviética considera homicídio uma vez ultrapassado esse prazo.

A hipertensão de origem renal ou de outras causas é um processo patológico que se desenvolve em mulher idosa ou, pelo menos, acima dos 50 anos; portanto, quase sempre, sem possibilidade de conceber.

Nos casos de hipertensão essencial muito grave, associada à prenhez, dar-se-á indubitavelmente a morte natural do produto da concepção, com retôrno à normalidade da saúde materna; nos casos de gravidade menor, o tratamento adequado tornará, certamente, possível a gestação até a fase da viabilidade fetal e, em face disso, a proscricção dessa violenta medida é norma obrigatória.

Eastman, penitenciando-se dos antigos exageros, afirmou que em 9 dentre 10 mulheres submetidas em 1930 à prática abortiva teriam, hoje, suas gestações sem ameaças de espécie alguma.

*Na tuberculose pulmonar* — No Congresso de Roma, já referido, as divergências acêrca da necessidade do abôrto nos casos de tuberculose pulmonar, foram principalmente grandes entre Pinard e o chefe da escola alemã, Schauta. O mestre francês dizia não haver substrato para se avaliar as condições em que a gestação agravava a tuberculose, razão pela qual achava improcedente a indicação da técnica abortiva; entretanto, o renome de Schauta e o prestígio da escola alemã fizeram com que se difundisse, ainda mais, o emprêgo do abôrto, tanto em pacientes portadoras de tuberculose como de outras moléstias. Todavia, presentemente, os fatos vieram confirmar o ponto de vista de Pinard, porque ninguém poderá, hoje, desconhecer que o aumento da pressão abdominal, causado pelo crescimento do útero, exerce ação favorável na evolução do processo patológico, devendo, porém, nesses casos, o médico tomar os cuidados necessários para que, durante o trabalho de parto, não sobrevenha a descompressão brusca, capaz de provocar a disseminação do germe, indicando, então, o pneumoperitônio, o qual continuará o efeito benéfico da gravidez.

No IV Congresso Internacional Para o Combate à Tuberculose, realizado em Lausanne, Forssener, médico suéco, apresentou magnífico estudo comparativo, baseado em 30.000 casos de mulheres tuberculosas, divididas em dois grupos: um, de pacientes em estado de gestação e, outro,

de tuberculosas não grávidas, com as seguintes conclusões: 1.<sup>a</sup>) o agravamento decorre da moléstia e não da gravidez; 2.<sup>a</sup>) o abôrto terapêutico não tem indicação porque acarretará mais malefícios do que benefícios.

A mesma coisa disse Ramsen, em 1935, no Congresso Alemão de Tisiologia de Bad Kreuznach: “O abôrto deverá ser definitivamente riscado, visto que os seus perigos são maiores do que os da gravidez”.

Schaeffer, Douglas e Dreispon, em 1955, após meticolosa observação de tuberculosas grávidas, durante vinte anos no New York Lying-in Hospital, divulgaram as seguintes eloqüentes conclusões, que encerram indubitavelmente qualquer discussão sôbre tal assunto:

| Resultados dos casos observados | Com abôrto terapêutico | Sem abôrto terapêutico |
|---------------------------------|------------------------|------------------------|
| melhorados                      | 13%                    | 56%                    |
| inalterados .. ..               | 47%                    | 38%                    |
| agravados .. ..                 | 33%                    | 3%                     |
| mortes .. ..                    | 7%                     | 3%                     |

Como, pois, conciliar o abôrto terapêutico com a legislação penal ante êsses resultados, quando o previsto legalmente é para salvar a vida ou, segundo outros códigos, também, preservar a saúde da gestante, e não para aumentar o índice de mortalidade ou a percentagem dos malefícios.

*Nas perturbações mentais* — A Comissão Oficial Suéca, incumbida de opinar em todos os casos de abôrto solicitado, estabeleceu que, em relação às doenças mentais, a licença só deveria ser concedida com a finalidade de impedir o suicídio ou o agravamento do mal. Pois bem, Ekblad, em 1955, publicou excelente trabalho sôbre essas razões, fundamentado em 759 casos de pedidos recusados até o ano de 1949, sem que houvesse um só evento dessa natureza; e depois daquele ano, também, não ocorreu nenhum caso de suicídio por tal motivação.

Meerwein, não infenso à prática do abôrto terapêutico, em 1962, destaca a infreqüência do suicídio após gravidez não desejada. Não é tudo. As estatísticas demonstraram não ter havido maior incidência de suicídio, em gestantes doentes mentais, nos países abstencionistas do que no Japão, na Suécia ou na Dinamarca, que permitem livremente o abôrto.

E, segundo Ekblad, ocorria o agravamento do estado mental, acompanhado de arrependimento das pacientes, em 36% dos casos de abôrto terapêutico.

Fondeur, em 1957, depois de pesquisa cuidadosa, concluiu que “as doentes psicopatas, no ciclo grávido-puerperal, eram idênticas a quaisquer outras da mesma idade, não grávidas, admitidas no hospital pela mesma doença, bem como, com referência à instabilidade mental anterior.

O Prof. Javert, no mesmo ano, afirmou: “It has always been difficult for the author to understand how removal of the pregnancy”. Afiançou ainda: A craniotomia e a lobotomia praticadas na mãe afiguram-se mais lógicas do que o abôrto terapêutico.

E nos países onde não se admite essa indicação para o abôrto terapêutico, o agravamento do estado mental não é maior do que nos países intervencionistas.

*Nos vômitos incoercíveis* — Para que se tenha uma noção exata dos abusos praticados no passado, acêrca da indicação abortiva nos casos de vômitos incoercíveis, basta a seguinte opinião de Eugene Vincent, proferida em 1910: “Declaro que durante minha larga prática obstétrica, na Maternidade e em tôda a cidade de Lyon, não vi um só caso que haja determinado a morte da gestante”.

Nesse mesmo ano, Dauchez escrevia: “Na Clínica da Faculdade, vi o Prof. Depaul provocar abôrto, por vômitos incoercíveis duas vêzes, e nas duas vêzes as pacientes faleceram”

Eastman, na atualidade, declara que a hiperemese gravídica é, hoje, um processo patológico quase esquecido. E

entre nós, o Prof. Briquet, entusiasta do abôrto terapêutico, afirmou ser uma “indicação raríssima, que não prevalece se a gestante recebeu tratamento bem orientado durante três a quatro semanas”.

Por que, então, o abôrto terapêutico?

Consideremos, agora, os elementos da exclusão do crime:

1.º — *Para salvar a vida da gestante* — Conforme já assinalei a respeito das gestantes tuberculosas, o índice de mortalidade das doentes, submetidas à prática abortiva, foi de 123,3 vêzes maior do que o das pacientes não operadas.

Antes do advento dos antibióticos, de efeitos mais seguros, a mortalidade, segundo as conclusões do Congresso Pan-Ucraniano, reunido em Kiew, em 1927, oscilava entre 0,28 a 0,70%, e, isso mesmo, em gestantes muito mais resistentes porque não eram portadoras de qualquer processo patológico. E, presentemente, apesar dos antibióticos modernos, as cifras de mortalidade são muito maiores entre as gestantes submetidas à prática abortiva.

Heffermann e Lynch, em 1953, nos Estados Unidos, analisando os índices de mortalidade materna, em 3.000.000 de gestantes, distribuídas em dois grupos de hospitais, dos que permitiam o abôrto terapêutico e dos que não o toleravam, totalizando 152 hospitais norte-americanos, verificaram que não havia número maior de óbitos no segundo grupo. Essa importantíssima pesquisa veio confirmar, de forma irretorquível, a improcedência da indicação, ante as normas preventivas atuais e o tratamento médico bem executado.

Berthelsen e Ostergaard, em 1958, publicaram os resultados baseados em 23.666 casos de abortos provocados, compreendidos entre os anos de 1953 e 1957, com 0,7 por mil de mortalidade e 32,5 por mil de complicações.

Teffcoate, como consta da *Excerpta Médica* de 1960, acha que a mortalidade no abôrto terapêutico não vai além de 1 por mil, entretanto, logo a seguir diz, que, nos casos de operações abortivas, a mortalidade é de 1,7 a 3,5 por mil.

Bichers, em 1963, afirmou, que, nos casos de abôrto terapêutico, a morte da gestante pode dar-se apesar dos cuidados médicos e da existência de centros cirúrgicos de alto padrão, informando, ainda, que, na Dinamarca ocorreu a morte da gestante em 2 por mil dos casos; sobrevieram graves sequelas em 3,2%; e a esterilidade materna em 17,5%.

Quanto à pretensa tutela da saúde, não contemplada no Código Penal brasileiro, a realidade é muito diversa da elaborada pela imaginação dos arautos do abôrto terapêutico.

No mesmo Congresso Pan-Ucraniano, onde apareceu a experiência russa, com todos os requintes da técnica e da tolerância, os protestos contra a medida intervencionista foram numerosos, e mais expressivos ainda os dados estatísticos sôbre o agravamento da gestante. Assim, congressistas assinalaram complicações inflamatórias, logo após a intervenção, em 10% das pacientes, e entre os processos patológicos ulteriores registraram metrite, amenorréia, salpingite, abôrto espontâneo em gestações seguintes, prenhez extra-uterina freqüente, esterilidade, transtornos mentais e complicações nos partos subseqüentes.

Entre as conclusões dessa assembléia científica foi aprovada, sem qualquer manifestação em contrário, uma nos seguintes têrmos: “O abôrto legal não presta serviços no que diz respeito à saúde da mulher”. E para demonstrar a sua repulsa, Gerinschtein afirmou enfaticamente: “quando praticamos 140.000 abortos, isto significa que fizemos 140.000 inválidas”.

Esse Congresso aprovou, também, a seguinte resolução: . . . “é absolutamente necessário defender grande parte da população contra a crença de que o abôrto é uma intervenção banal, dando-lhe a conhecer as suas conseqüências prejudiciais. . .”.

Não apenas isso. A Academia de Medicina de França, em resposta a uma pergunta do Ministro da Saúde Pública, concluiu de forma unânime que: “Os resultados práticos

da experiência soviética sobre a legislação do abôrto, como nos foram dados pelo Congresso Pan-Ucraniano de 1927, não podem, sob nenhum título, constituir argumento em favor dessa legislação”.

E para completar, lembro que Bell, Jones, Catteigini e muitos outros mostraram, estatisticamente, a maior sobrevivência das multiparas em relação às paucíparas, e destas comparadas às nulíparas, declarando ainda que os meios anticoncepcionais e, principalmente, o abôrto, são causas de inúmeras doenças que provocam invalidez e, até mesmo, a morte.

2.º — *Inexistência de outro meio para salvar a vida da gestante* — Ante os processos atuais da terapêutica e da assistência pré-natal, o abôrto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo, então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica, estou certo, não o é, presentemente. Demonstrem, pois, os legisladores coragem suficiente para fundamentar seus verdadeiros motivos, e não envolvam a Medicina no protecionismo ao crime desejado. Digam, sem subterfúgios, o que os soviéticos, os suécos, os dinamarqueses e outros já disseram. Assumam integralmente a responsabilidade de seus atos.

Tomaso Napolitano, professor de Instituições Jurídicas da Europa Oriental, no Instituto Universitário Oriental de Nápoles, afirmou em 1963, comentando o novo Código Penal Russo que, nesse particular, o Estado Soviético, passou por 3 períodos: o primeiro, de sua doutrina materialista, vendo apenas no nascituro um “*spes vitae*” não passível de tutela; de preocupação em defender a saúde da mãe pobre, que não podia praticar o abôrto nas mesmas condições das mulheres ricas; de defesa dos interesses do grupo étnico; e de igualdade de tôdas as classes, porque o abôrto nas operárias estava ocasionando 50% de mortes e 40% de esterili-

dade; o segundo período, da política demográfica de Stalin, com a proibição do aborto, salvo o terapêutico ou o eugênico, porque a nação precisava precaver-se contra o cerco militar estabelecido pelos, assim chamados, estados capitalistas; e, finalmente, o período atual, iniciado na era kruschevniiana, também, de natureza política, reconhecendo o afastamento da ameaça do alegado cerco, substituído pelo equilíbrio de forças e afirmando o êrro da política demográfica de Stalin, com a simples ab-rogação do art. 140 do Código Penal, através do primeiro Ukaze de 5 de agosto de 1954, e restabelecendo a licitude do aborto, através das normas explícitas no segundo Ukaze de 23 de novembro de 1956.

Pelo texto do Código Penal brasileiro, o legislador exige que o perigo “seja atual e inevitável por outro modo”, e, no anteprojeto, “que o perigo seja certo e inevitável por outro meio”; porém, todos nós sabemos que os diagnósticos não possuem o caráter de certeza mas, sim, de maior ou menor probabilidade e que, além disso, o perigo de morte ronda muito mais os casos de aborto terapêutico do que os de gestação não interrompida, conforme reconhecem os próprios intervencionistas. Como, pois, aplicar o dispositivo legal?

Eastman, professor de Obstetria da “Johns Hopkins University School of Medicine” afirmou, em 1954: “It is clear that their opinion is veering rapidly toward greater conservation”.

Nas estatísticas de Keith, verificadas no Los Angeles County Hospital, durante vinte anos, de 133 indicações em 14.124 casos de 1931 a 1935, baixou para 12 em 34.369 casos, o que representa decréscimo de 1 sobre 106 para 2 sobre 864 casos e, isso mesmo, entre obstétricas que praticaram o aborto tendo em vista o agravamento da saúde e não, propriamente, a preservação da vida.

3.º — *O estado de necessidade não procurado por sua vontade* — Levando-se em conta apenas êsse aspecto, a lei

restringe de tal modo a possibilidade do fato que êle chega a constituir uma raríssima ocorrência, desde que afastemos os casos nos quais a mulher conhecia o seu estado de saúde, anterior ao casamento ou à gestação, pois, nesses, se ela não procurou diretamente o perigo, pelo menos, conhecendo essa contingência, aceitou o risco. Isto, entretanto, apenas para argumentar, porque o abôrto terapêutico não é o único meio para preservar a vida da gestante, sendo mesmo mais perigoso do que o prosseguimento da gravidez, razão pela qual não poderia, também, o anteprojecto ser aplicado quando fala em um “mal consideravelmente inferior ao mal evitado”.

Para confirmar, sob outro aspecto, a intenção não manifestada no texto legal, basta verificarmos que, nos países cujas leis não incriminam o abôrto econômico, eugênico, etc., desaparece, naturalmente, dos códigos a exclusão do abôrto terapêutico ou necessário. Quando surgem restrições àqueias modalidades, reaparece a exclusão do abôrto terapêutico, o que é perfeitamente compreensível porque, na verdade, tal justificativa parece, somente, encobrir os verdadeiros motivos do abôrto provocado. Sirva de exemplo o que ocorreu na Rússia com a ab-rogação do art. 140 do Código Penal; na Bulgária com a reforma de 1956; na Dinamarca com a Lei n.º 161, de 18 de maio de 1937; na Suécia com a Lei de 17 de junho de 1938 e no Japão com a Lei de julho de 1948.

Refere Nils Beckmann que o número de ações penais por abôrto ilegal foi muito reduzido na Suécia, o que não é de estranhar, porque nesse como nos outros países, que assim o admitem, o ilegal é apenas o abôrto não autorizado e não praticado em hospitais credenciados. Em contrapartida verifica-se nos países onde não há, também, lei de caráter tão amplo, e nem explícita, no código, tal exclusão, a jurisprudência aceita o “estado de necessidade”, contido na norma geral.

Por quê, então, o abôrto terapêutico?

Por tudo isso que acabo de dizer, considero a prática abortiva, mesmo no chamado abôrto terapêutico, um crime de lesa pátria e de lesa humanidade. É êle tão grave que vem à baila recordar, agora, as palavras patéticas de Petain, o injustiçado Marechal de França, quando respondeu a uma interpelação acêrca da derrota sofrida pela nação gauleza na última grande guerra, afirmando, naquela ocasião, que o seu exército já havia, anteriormente, desaparecido nas enxurradas das ruas, ante as cifras monstruosas dos abortos provocados.

Contrário sou à pena de morte, não porque a julgue ilegítima, e, sim, por considerá-la inoportuna; mas, se me fôsse pedido, ùnicamente em caráter especulativo, para relacionar em lista decrescente os réus que deveriam merecê-la, pela gravidade do crime, não hesitaria em iniciá-la com o abortador profissional, que transforma sua clínica em indústria de “anjos” no intuito de enriquecer ou de obter, indecorosamente, o numerário que lhe possibilite saldar seus compromissos mensais; e, depois, pela mãe que, por comodidade ou requinte de amoralidade, não se peja em arrancar a vida ao indefeso filho, quando possuía tudo para bem servi-lo e prover-lhe a normal educação. Não me refiro, portanto, àquela que no desespero de suas ilusões frustradas procurasse esconder as falhas, que, muitas vêzes, a sociedade não perdoa; responsável, sim, porém, muito grande é o seu drama e bem menor deverá ser o castigo.

Quando, no longínquo ano de 1903, Eugene Vicent, já escrevia: há 30 anos me dedico a partos e jamais me encontrei em situação que exigisse a prática abortiva para preservar a saúde materna; quando nos recordamos que inúmeros outros médicos abonam êsse conceito, inclusive entre nós, como o Prof. Alvaro Guimarães Filho, chefe de um dos maiores serviços obstétricos do Brasil, ao longo de 40 anos de intensa atividade profissional ou como o saudoso Prof. Artur Wolff Netto, que exerceu a clínica por mais de 30 anos, louvo os parlamentares Arruda Câmara, autor do projeto n.º 810-A, de 1949 e Ataliba Nogueira, ilustre pro-

fessor desta Faculdade e relator pela Comissão de Justiça, por pretenderem revogar o dispositivo do Código Penal referente ao abôrto terapêutico.

Quero, pois, meus caros alunos, encerrando esta aula com uma mensagem de exortação ao vosso ideal e à autenticidade de vossas intenções, que a minha resposta à pergunta inicialmente formulada, encontre ressonância em vossas consciências para a verdade que vos acabei de dizer a respeito de um dispositivo do Código Penal, que, se me permitis a expressão, não passa de um estelionato científico, sob a falsa invocação da medicina e com a chancela indevida da legalidade. E sentir-me-ei compensado, porque a afeição que une o mestre ao aluno só pode ser entendida por aquêle que tem a ventura da vossa jovial convivência.

Compreendereis, estou certo, as razões do velho pai valetudinário de alguns grupos silváticos ao manifestar-se orgulhoso, sabendo que teria por sepultura o estômago do próprio filho, o que lhe permitiria a ilusão de continuar a viver na vida do descendente amado. Ufana-se mais, ainda, o mestre que reconhece no magistério um vínculo de filiação cultural, e que percebe, nos discípulos, centelhas suas a traduzirem os mesmos ideais, e os mesmos desejos longamente acariciados. E certificareis, então, que as palavras não são, como no pensamento de Nietzche, “arco-iris e ponte de ilusões entre sêres eternamente separados”, mas que elas podem transmudar-se em chama irrequieta e brilhante a irradiar amor, justiça e esperança.

Doutoramento “Honoris Causa” pela  
Faculdade de Direito da Universidade de  
São Paulo do Professor Dr. Guilherme  
Braga da Cruz, Magnífico Reitor da  
Universidade de Coimbra.

Conforme o deliberado pela Congregação dos professores em sessão de 17 de setembro de 1962, foi conferido ao professor Dr. Guilherme Braga da Cruz, Magnífico Reitor da Universidade de Coimbra, o título de Doutor “Honoris Causa” por esta Academia.

Em sessão solene realizada a 18 de agosto de 1964, presidida pelo Exmo. Sr. Diretor, professor Luís Eulalio de Bueno Vidigal, recebeu o ilustre doutorando o título que lhe fôra destinado; saudou-o, em nome da Congregação, professor Dr. Alfredo Buzaid, que analisando os vários aspectos de sua obra, enalteceu-lhe os dotes de civilista, romanista, historiador, filósofo do Direito e mestre.

Com enternecedoras palavras, prof. Dr. Braga da Cruz agradeceu as homenagens recebidas; reportando-se à fundação da Universidade no Brasil e sua relação com a de Coimbra, comprometeu-se a estreitar os laços que as unem, para que atinjam o mesmo ideal de cultura jurídica e engrandecimento das pátrias comuns: Portugal e Brasil.

Saudação do professor Dr. Alfredo Buzaid.

A solenidade de outorga do título de doutor *Honoris Causa*, na Universidade de Coimbra, começa com certas palavras sacramentais, pronunciadas em latim. “Quid petis”,

interroga o Reitor ao doutorando; e êste responde: “gradum doctoratus in praeclara Jurisprudentiae Facultate”<sup>1</sup> À fôrça de ser repetido, êste cerimonial ganha foros de lei. Mas êle encerra, na verdade, uma contradição. O agraciado com tão ilustre láurea não postula uma mercê; recebe, por direito próprio, a honra de um título que não solicitou. O Regulamento da Faculdade de Direito de São Paulo elimina o paradoxo, sacrificando a feceirice daquele estilo, bem que cultivado ao gôsto da liturgia acadêmica.

A Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo, acolhendo por unanimidade a proposta de Ernesto Leme, nosso insigne mestre, vos conferiu, eminente professor Guilherme Braga da Cruz o título de doutor *Honoris Causa*. Fê-lo com profundo regozijo, num preito de reconhecimento ao brilho de vosso talento privilegiado, ao alto mérito da vossa obra científica e à vossa devotada consagração aos estudos histórico-jurídicos.

Lente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da qual foi reitor, o vosso espírito, insaciável de saber, não se compraz apenas em estudar a História do Direito Português; alarga o campo do saber e se especializa, de igual modo, em direito romano e em direito civil, regendo estas duas cátedras com luzimento e distinguida erudição, que vos grangearam os aplausos dos estudantes e as palmas dos mestres.

A história do direito português abrange convencionalmente um longo período, que vai desde a fundação da Monarquia até os tempos atuais; mas nem o reinado de D. Afonso Henriques é o têrmo inicial, nem os nossos dias são o têrmo final. O Direito do povo lusitano é a fusão de vários elementos que contribuem, em maior ou menor parte, para a sua formação histórica. E como êsses fatôres se estreitam por um laço que acaba por fundí-los, não pode o historiador deixar de tomá-los em consideração. Cada um

---

1. Cf. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. LIV, fasc. I, p. 243.

dêles opera com suas próprias fôrças, nem sempre facilmente reconhecíveis, mas sempre vivas e poderosas, tendendo tôdas para a formação da vida, da cultura e do gênio nacional.

O direito não é um compêndio matemático de idéias, exatas e perfeitas, como os axiomas<sup>2</sup>. Produto da vida social, êle é uma constante de teoremas, sujeitos às diversas conjunturas do desenvolvimento de um povo. Quem procura no direito só as leis, faz sistema. A dogmática é a ciência, enquanto elabora conceitos sôbre regras impostas. Quem procura no direito o seu conteúdo intrínseco, o que há nêle de justo, de eterno e de universal, faz filosofia jurídica. Quem procura no direito a história, aprofunda-se até onde estão as raízes dos institutos. Uma visão integral do direito abrange o presente, o passado e o seu valor ontológico.

O estudo da história do direito põe o presente em contacto com o passado, donde retira os elementos que revelam o que há de essencial ou contingente. Aliás, não se pode conhecer o presente, interpretando-o com correção, sem analisar os antecedentes que se foram formando na consciência popular.

A metodologia dos estudos históricos abre nova e larga perspectiva à análise científica, renovando idéias, desde a doutrina de LEIBNITZ<sup>3</sup>, que separa em duas classes distintas a história externa ou das fontes e a história interna, ou das instituições, até as tendências modernas, que buscam, através do critério de KELSEN, estreimar o puramente jurídico de outros diferentes fatores históricos<sup>4</sup>, eliminando assim tôdas as questões de causalidade sociológica, política ou ética<sup>5</sup>, isto é, o *pré* e o *meta-jurídico*.

---

2. OLIVER W. HOLMES, *The Common Law*, p. 1.

3. LEIBNIZ, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*, Pars, II, n.º 28 e 29.

4. L. CABRAL DE MONCADA, *Estudos de História do Direito*, 1949, vol. II, p. 194 e segs.

5. L. CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, vol. II, p. 207.

Qualquer que seja, porém, o método adotado, todo historiador do direito tem de ser jurista, ou, mais propriamente, um profundo conhecedor do direito romano, do direito medieval, do direito moderno e do direito comparado. O domínio desses direitos exige trato diuturno com línguas vivas e mortas, a análise de textos de difícil exegese, aptidão singular de recuar a tempos remotos, surpreendendo no nascedouro os institutos e seguindo-lhes o desenvolvimento através dos séculos.

Todos esses dotes, inerentes ao autêntico historiador do direito, vós, eminente professor Guilherme Braga da Cruz, os possuíis no mais alto grau. Dominando o francês, o espanhol, o inglês, o alemão e o latim, tendes ao vosso dispor preciosos instrumentos de trabalho, que vos permitiram elaborar a um tempo a obra de historiador, romanista e civilista.

Historiador do direito, vossa obra capital é *O Direito de Troncalidade e o Regime Jurídico do Patrimônio Familiar*, onde estudastes a conservação dos bens na mesma família através das gerações, evitando que um acidente sucessório leve ao domínio de um estranho o pecúlio que as mãos de um antepassado carinhosamente formaram para servir de sustentáculo aos continuadores de sua família<sup>6</sup>. Esse estudo monumental, escrito em dois volumes, foi a dissertação para doutoramento na Universidade de Coimbra, na qual revelastes requintada erudição, fino espírito crítico e inteligência criadora. Desta obra se pode dizer que é uma contribuição nova e original ao estudo do tema, não se sabendo nela o que mais admirar, se a pureza das idéias ou o encanto do estilo, que mitiga o rigor da investigação científica.

Romanista, escrevestes um primoroso ensaio sobre *O Jurisconsulto* analisando-lhe a missão histórica e social desde o ano 253 antes de Cristo até o Baixo Império e de-

---

6. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade e o Regime Jurídico do Patrimônio Familiar*, vol. I, p. 9.

morando-se no estudo da interpretação pontificia, da aliciação da jurisprudência, das fontes e da evolução do direito, sem perder de vista a influência da literatura, do ensino do direito na antiguidade e das escolas proculiana e sabianiana<sup>7</sup>. Esse trabalho é uma jóia que tem a beleza estética de um manual e a profundidade de uma monografia.

Civilista, a vossa contribuição para a doutrina e à história do direito é original e fascinante. Qualquer que seja o vosso ensaio, há sempre nêle uma idéia nova a expor. Tomemos, por exemplo, um trabalho antigo, do ano de 1947, sôbre *A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval*, que foi a lição no concurso para professor extraordinário da Faculdade de Coimbra. Já aí tivestes a oportunidade de provar que o historiador do direito tem de ser necessariamente jurista. Indagastes se a posse de ano e dia é prescrição aquisitiva de domínio, prescrição de posse, ou simples figura processual. Depois de assinalardes a origem francesa dêsse instituto, vossa atenção se concentra sôbre a sua natureza jurídica, criticando com vantagem as teorias de GAMA BARROS e CABRAL DE MONCADA<sup>8</sup> e concluindo com observações que marcam a fina penetração de processualista.

Noutro trabalho, intitulado *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, o filósofo completa o historiador, pesquisando a índole do direito no regime das *Ordenações*, o advento do jusnaturalismo e a repercussão das idéias de renovação do ensino no período pombalino. A “Lei da Boa Razão” e os novos “Estatutos da Universidade de Coimbra” desempenham um papel decisivo na reforma do sistema jurídico e educacional lusitano<sup>9</sup>. A figura das vossas observações e designadamente o

---

7. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Jurisconsulto Romano (Jurisconsultos Portuguezes do Século XIX)*, vol. I, p. 1 e segs..

8. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *A Posse de Ano e Dia no Direito Hispânico Medieval*, Coimbra, 1949, p. 19 e segs..

9. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro*, p. 16.

cotêjo entre a evolução do direito português e brasileiro coroom essa monografia <sup>10</sup>.

Já no estudo sôbre *Martinho de Dume e a Legislação Visigótica* o elemento que sobressai é a prudência do historiador. A vossa inteligência, modelada no rigor da análise científica, não se deixa levar pela fascinação de encômios fáceis à obra dêsse santo. A legislação visigótica foi examinada com segurança e, posta em confronto com os escritos de S. Martinho de Dume, vós assinalastes os pontos em que êstes influíram na elaboração daquela <sup>11</sup>.

A história, que vós ensinais, senhor professor Guilherme Braga da Cruz, não é a ciência estéril, que interpreta friamente textos de legislação morta; é a ciência da vida, que fecunda, anima e constroi, porque comprehendestes que a lei da história não é a lei do acaso. É uma experiência humana e cultural. Se algumas vêzes os fatos se dão ao sabor das circunstâncias, ninguém ignora que o gênio humano interfere no seu curso, imprimindo nova sorte aos acontecimentos.

A história tem, contudo, caprichos e paradoxos. Ela é às vêzes um tribunal em vida; outras, julga depois da morte. Do seu crivo ninguém consegue esquivar-se. A justiça de suas decisões ora é anônima, ora proclamada solenemente. Permitti-me que vos narre um curioso episódio, ocorrido ao tempo do Império. De EVARISTO DA VEIGA, cujo nome enche de glória a História do Brasil, se conta que, saindo certa feita do edificio da Câmara, reparou em que o seguia um homem de côr, procurando esconder alguma coisa entre as

---

10. Muitos trabalhos, do mais alto valor científico, publicou GUILHERME BRAGA DA CRUZ, como *O Problema do Regime Matrimonial de Bens Supletivo no Nôvo Código Civil Português. O Regime Matrimonial de Bens Supletivo no Direito Luso-Brasileiro. A Sucessão Legítima no Código Euriciano. Origem e Evolução da Universidade. O Direito de Superfície no Direito Romano. O Problema da Sucessão dos Ascendentes no Antigo Direito Grego*, além de vários outros menores.

11. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *A Obra de S. Martinho de Dume e a Legislação Visigótica*, p. 11 e segs..

mãos. Comunicou seus receios ao jovem que o acompanhava, Luís da Cunha Feijó, mais tarde Visconde de Santa Isabel. Que pretendia o desconhecido? Um atentado pessoal? Apressando o passo, entraram ambos numa loja de livros. O homem do povo, acelerando também a marcha, aproxima-se dos dois. Descruza os braços, avança resolutamente e coloca sôbre a cabeça do grande jornalista uma pequena corôa de louros. E depois desaparece, à esquina de uma rua, entre o espanto e a comoção de ambos<sup>12</sup>.

Não sei dizer-vos, senhor professor, quanto ao fato narrado, onde acaba a verdade da história e onde começa, o devaneio da lenda. A verdade, que a história procura, ilustra, mas não fascina. A deformação, que a lenda insinua, comove, embora seja mera fantasia. Se a verdade resulta da lógica e da razão, a lenda nasce do sentimento. Ambas, porém, são belas. A lenda é um meio de transmitir mensagens, mais dócil e mais humano do que a verdade. Por isso é que se prefere muitas vêzes a delicada ilusão da lenda à dura expressão da verdade. Respeita-se sempre a verdade, porque é necessária; ama-se a lenda, porque ela é útil, ainda quando enganosa.

Perdoai-me a digressão! Conteí êsse fato, para provar-vos que a humilde grinalda que um anônimo pôs na cabeça de Evaristo da Veiga tinha a significação de um julgamento, pelo qual o povo reconhecia os méritos do paladino das grandes causas nacionais.

A Faculdade de Direito de São Paulo, conferindo-vos o título de doutor *honoris causa*, demonstra que não ficou alheia ao côro de vozes, que proclamam a glória de vosso nome. O vosso magistério é ministrado antes por devoção que por dever; é uma obra mais de criação que de divulgação; e nêle há uma alegria saudável, que contagia os estudantes, tornando-os amigos do mestre, a quem tanto amam quanto reverenciam. E porque a vossa vida é tecida de exemplos edificantes, vós empregais antes o conselho que a

---

12. OSVALDO ORICO, *Discursos Acadêmicos*, vol. X, p. 225.

censura, antes a advertência que o castigo. A vossa glória é um penhor de fé, e de ciência, de amor e dedicação à Pátria. E antes que outrém vos cubra a cabeça, já aureolada, com uma corôa de louros, esta Faculdade, filha da de Coimbra, se apressa em vos descerrar as portas, para declarar que aqui também sois mestre, para iluminá-la com as luzes de vosso saber.

### Discurso de agradecimento do doutorando.

Curvo-me reverente, neste momento, perante a memória do grande professor desta Casa há dias desaparecido do meio de nós para colher junto de Deus o prémio duma vida inteiramente devotada ao serviço da ciência e ao serviço da sua Pátria: o Prof. Waldemar Martins Ferreira. Nele perdeu a Faculdade de Direito de São Paulo um dos mestres que mais contribuíram, desde sempre, para o seu prestígio e renome no mundo. Nele perdeu o Brasil um dos seus mais ilustres filhos e um dos seus mais nobres e rectilíneos homens públicos de todos os tempos. Nele perdeu também Portugal um grande Amigo, que não desprezava um só ensejo de exteriorizar os seus sentimentos de apreço e veneração pela velha Casa Lusitana.

Todos estamos mais pobres com a morte de Waldemar Ferreira, embora permaneçamos ricos da lição do seu exemplo, que há-de manter-se sempre viva na memória de quantos o conhecemos e com êle tivemos a honra de privar. Que a sua alma de eleição continue, junto de Deus, a estar ao serviço desta velha e prestigiosa Escola e ao serviço dêste grande País onde teve o seu berço e que tanto dignificou em vida.

Senhor Director e Senhores Professôres.

Subida honra para mim é esta de ser hoje recebido, com todo o ritual do estilo, no Claustro dos Doutores da mais antiga e mais nobre Academia de Direito do Brasil

irmão! Honra tão alta, que nem saberia eu algum dia ambicioná-la, como não soube quando colocado perante ela recusá-la, e como menos sei perante Vós neste momento agradecê-la! Distinção tão elevada, que seria estultícia da minha parte julgar-me possuído de quaisquer méritos que pudessem explicá-la e, menos ainda, de quaisquer títulos pessoais para poder merecê-la!

Verdadeiro dom gratuito da vossa generosidade, quises-tes, apesar de tudo, justificar-me e justificar-vos da concessão desta mercê, com palavras de encómio que representam novo gesto perdulário da vossa simpatia e da vossa estima, e que vêm duplamente agravar a minha dívida de gratidão para convosco. E constituistes-vos e constituistes-me para êsse efeito advogado um dos mais ilustres dentre Vós, que, pelos laços affectivos que de há muito nos prendem, de antemão sabíeis nos daria, a Vós e a mim, ganho de causa. E assim, pela boca e pelo coração do Prof. Alfredo Buzaid, levastes a vossa gentileza ao ponto de transformar os meus defeitos em virtudes, de pôr mérito na minha vida onde não houve senão despretençioso cumprimento do dever, de julgar-me qualificado com títulos e cargos que não vieram ter comigo para me distinguir e que tão sòmente me limitei ou limito — como um entre tantos, anònimamente, ao longo das gerações — a servir desinteressadamente, na medida das minhas modestas forças.

Sem méritos nem títulos próprios que possam justificar tão alta distinção, eu quero ver neste gesto generoso com que hoje me recebeis no vosso Colégio Doutoral uma homenagem directamente endereçada à velha Escola de Leis conimbricense a que pertença e à Universidade em que ela se integra e de que por algum tempo tive a suprema honra de ser reitor. Essa homenagem, sim, eu me sinto orgulhoso de receber neste momento e Vos prometo levar intacta ao alto da colina sagrada onde tem assento, além Atlântico, a prestigiosa Instituição a que se destina, que a mim me basta já de glória o ter sido por Vós solicitado para dela ser portador.

Essa homenagem, sim, eu a compreendo e aceito em todo o rico simbolismo que encerra duma comunhão espiritual indestrutível entre a Vossa e a minha Escola — comunhão espiritual que mergulha fundo as suas raízes na história das nossas duas Pátrias e que todos queremos, universitários de Coimbra e universitários de São Paulo, ver cada vez mais fortalecida e frutuosa; comunhão espiritual que tem a alicerçá-la, do Vosso lado, o legítimo orgulho que sentis da vossa ascendência conimbricense e que, do nosso lado, assenta no orgulho não menos legítimo de contarmos como uma das maiores glórias da Universidade de Coimbra, em toda a sua história, a de ter dado a seiva, o alento e a vida às primeiras instituições de ensino superior do Brasil e muito particularmente a esta prestigiosa Escola Jurídica das Arcadas de São Francisco, berço da grande Universidade de projecção mundial que é hoje a Universidade de São Paulo.

Ligada ficou a Universidade de Coimbra, com efeito, à Academia de São Paulo logo desde as suas primeiras origens, pois a ela pertencia, não apenas como diplomado, mas como professor dos mais ilustres, o grande brasileiro e paulista de Santos JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA, a quem se deve, em 1821, a primeira tentativa de vulto para a criação duma Universidade no Brasil, já que outras iniciativas surgidas em séculos anteriores não chegaram a passar da boa intenção de quem as idealizou. Nas famosas *Instruções do Governo Provisorio de São Paulo aos deputados da província às Cortes Portuguezas*, datadas de 9 de Outubro de 1821 e devidas à pena do feroso Patriarca da independência brasileira — ao tempo Vice-Presidente do referido Governo Provisório —, além de se reclamar do governo da Metrópole a criação de “um gymnasio ou collegio” em cada província do Brasil, declarava-se também “de absoluta necessidade para o Reino do Brasil que se crie desde já pelo menos uma universidade” com uma Faculdade de Filosofia, outra de Medicina, outra de Jurisprudência e uma outra, ainda, de Economia, Fazenda e Governo.

E já nessas *Instruções* se afirmava que tal Universidade deveria ter a sua sede na cidade de São Paulo, quer em razão do seu “clima temperado, mais frio que quente”, da “salubridade dos ares” e da “barateza e abundância de comestíveis”, quer por aí existirem já “edifícios próprios para as diversas faculdades nos Conventos do Carmo, São Francisco e São Bento”.

Quebrada a sequência deste projecto pela precipitação dos acontecimentos que conduziriam à independência do Brasil, caberia novamente a um diplomado pela Universidade de Coimbra, o licenciado em Cânones JOSÉ FELICIANO FERNANDES PINHEIRO — paulista, como JOSÉ BONIFÁCIO; e, como este, natural de Santos — a iniciativa do primeiro projecto de lei apresentado à Assembleia Constituinte do Brasil, para a criação da Universidade brasileira, que de novo se propunha também que tivesse a sua sede na cidade de São Paulo. Datado de 12 de Junho de 1823, esse projecto foi relatado na Comissão de Instrução Pública da Assembleia Constituinte por um deputado que igualmente formou o seu espírito na Universidade de Coimbra, pela qual era bacharel em Matemática e Filosofia: o irmão de JOSÉ BONIFÁCIO, e também paulista de Santos, MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADA. Na versão que deu ao projecto, e que tem data de 19 de Agosto do mesmo ano, previa MARTIM FRANCISCO a criação de duas Universidades, uma em São Paulo e outra em Olinda, mas propunha que houvesse desde logo “um curso jurídico na cidade de São Paulo”, que deveria reger-se, enquanto não tivesse estatutos próprios, pelos Estatutos da Universidade de Coimbra com as “alterações e mudanças” que fossem julgadas “adequadas às circunstâncias e luzes do século”.

Ainda desta vez, a idéa que bailava no espírito dos paulistas filhos espirituais de Coimbra não chegaria a concretizar-se, pois o projecto de FERNANDES PINHEIRO, na versão que lhe foi dada por MARTIM FRANCISCO — apesar de aprovado pela Constituinte, depois de renhida discussão, em 4 de Novembro de 1823 —, resultou gorado, pela disso-

lucção da Assembleia, decretada dias depois pelo Imperador D. Pedro I. Mas quando, quatro anos volvidos, em 11 de Agosto de 1827, se criam finalmente as Academias Jurídicas de São Paulo e de Olinda, é à tradição coimbrã que a Escola de Direito de São Paulo logo vai buscar o fogo sagrado que há-de acalentar-lhe os primeiros passos; é à velha Universidade do Mondego que logo vai beber a seiva que há-de alimentar-lhe os primeiros anos de vida; é aos graduados do velho Estudo Geral dionisiano que vai abrir as suas cátedras, certa de não poder encontrar melhor arrimo para firmar rápidamente o seu prestígio e encarar confiada e serenamente o seu futuro.

Antecipando-se mais de dois meses, com surpresa geral, à sua irmã gêmea nordestina, a jovem Academia de Direito de São Paulo abre as suas portas em 1 de Março de 1828. 1 de Março: o mesmo dia do ano, por feliz coincidência, em que, quase cinco séculos e meio antes, em 1290, El-Rei D. Dinis firmara o diploma de fundação, na cidade de Lisboa, do Estudo Geral que Ele próprio transferiria, alguns anos depois, para as margens do Mondego. Coincidência de datas puramente casual, tanto mais que só um século mais tarde, já quase nos nossos dias, foi conhecido dos historiadores o diploma dionisiano e, com ele, a data rigorosa da fundação da Universidade portuguesa; mas coincidência de datas que parece um desígnio da Providência, a comprometer, desde a origem, num comum espírito e num comum sentido de missão educadora, a recém-criada Escola Jurídica de São Paulo e a sua *Alma Mater* de Além-Atlântico.

Abre em 1 de Março de 1828 a nova Academia; e abre sob os melhores auspícios. Tem a dirigi-la um doutor em Leis pela Universidade de Coimbra, com uma brilhante folha de serviços civis e militares ao Brasil e a São Paulo, o TENENTE-GENERAL JOSÉ AROUCHE DE TOLEDO RENDON, que, apesar de ultrapassada já a casa dos 70, se vai dedicar à nova Escola até ao limite das suas forças, pois só a morte, seis anos depois, o destronará de tão honroso posto. Tem como primeiro lente um português illustre e ainda jovem,

também doutor em Leis pela Universidade de Coimbra, que as andanças da política tinham obrigado a procurar refúgio no Brasil três anos antes, JOSÉ MARIA DE AVELAR BROTERO, que durante mais de 40 anos serviria a Escola que lhe abria tão generosamente a cátedra, sendo ainda de suas mãos que em 1870 o grande RUY BARBOSA viria a receber o diploma de bacharel em Leis. Doutor em Leis por Coimbra é também o segundo lente da nova Escola Jurídica, o baiano BALTAZAR DA SILVA LISBOA. E antigos escolares e diplomados pelas Faculdades Jurídicas da velha Universidade coimbricense são ainda todos os demais professores a quem a incipiente Academia de Direito de São Paulo resolve confiar as suas cátedras: LUÍS NICOLAU FERNANDES VARELA, lente de Processo Civil; PADRE ANTÓNIO MARIA DE MOURA, natural de Minas Gerais, formado em Cânones em 1824, a quem alguém chamou um dia “repertório vivo das Ordenações e leis extravagantes”; PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL, nascido em Cuiabá de Mato Grosso, que concluíra a sua formatura em Coimbra no próprio ano da independência do Brasil; TOMÁS JOSÉ PINTO CERQUEIRA, lente de Direito Eclesiástico, que de Portugal, onde nascera, viera fixar-se em terras de Santa Cruz; e JOÃO DE DEUS SILVA, lente de Direito Civil, que em Coimbra igualmente se doutorara com raro brilho.

São, assim, filhos espirituais de Coimbra, da sua Universidade e das suas duas Faculdades de Jurisprudência — a de Leis e a de Cânones — tanto o director como todos os primeiros lentes que vão tomar sobre os seus ombros a responsabilidade do ensino na primeira Academia Jurídica do Brasil. Como disse um dia um dos mais prestigiosos professores desta Casa, num discurso de rara eloquência, o PROF. JOSÉ SOARES DE MELLO, “por estes mestres, influiu Coimbra nos destinos de São Paulo. Contribuiu para que a jovem Escola, que devia ser tão só jurídica, fosse também, e principalmente, escola de Política, de Eloquência, de Poesia”. Fez dela, verdadeiramente, a “matriz do pensamento brasileiro”.

Estes laços que prenderam desde o início a Vossa e a minha Escola não poderia nem poderá mais o tempo destruí-los; e hoje, à distância de mais dum século, é a nós que cabe o dever e a responsabilidade de defendê-los e fortalecê-los, para que possam frutificar amplamente ao serviço duma cultura jurídica comum, que todos queremos, brasileiros e portugueses, rasgada e progressiva, aberta aos novos valores e às exigências do nosso século, mas fiel à tradição cristã e lusiada em que se funda e em que queremos ver o penhor seguro da perenidade e grandeza das nossas duas Pátrias.

Eu sei, Senhor Director e queridos companheiros de trabalho; eu compreendo que é este, verdadeiramente, o sentido desta luzida festa com que me quisestes honrar no dia de hoje, para me receberdes como um dos Vossos no prestigioso Colégio Doutoral da Faculdade de Direito de São Paulo.

Eu sei, Senhor Director e queridos companheiros, que pertencer ao Vosso grémio — e até nisso respeitais a tradição de Coimbra, onde todos temos o mesmo sentido das responsabilidades — representa, como já alguém disse, “um privilégio e um compromisso”.

Tenho, neste momento, e perante a alta distinção que me conferis, a compreensão exacta do raro *privilégio* de que me é dado desfrutar, ao ser recebido no meio de Vós, como representante duma velha Escola que venerais com filial carinho. Mas tenho também a compreensão exacta do *compromisso* que este privilégio para mim constitui e que mais me desvanece ainda do que o próprio privilégio em que assenta. Eu Vos prometo que saberei respeitar e honrar esse compromisso quanto em mim couber, trabalhando sempre com entusiasmo crescente no estreitamento das relações entre a Vossa e a minha Escola, para que Coimbra e São Paulo, luzeiros duma cultura jurídica comum, continuem de mãos dadas a servir os nobres ideais que sempre serviram, para bem do Brasil e para bem de Portugal.

## Outorga do Prêmio “Moinho Santista” ao Professor Dr. Miguel Reale.

Mais uma vez tem esta *Revista* a satisfação de registrar, como honroso acontecimento para a história acadêmica, a outorga do Prêmio “Moinho Santista” de Ciências Jurídicas e Sociais a um de seus eminentes mestres, Prof. Dr. Miguel Reale.

Reuniu-se o grande juri da “Fundação Moinho Santista” para decidir a entrega do prêmio, no salão nobre do palácio da justiça, sob a presidência do desembargador Euclides Custódio da Silveira, presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; além do presidente da Fundação, Prof. Dr. Jorge Americano, estiveram presentes à reunião o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luís Galloti, reitores de universidades, dirigentes de entidades científicas e culturais.

Acatando as recomendações da Comissão Especial, o Grande Juri atribuiu o prêmio em Ciências Jurídicas e Sociais, na primeira categoria, ao Professor Dr. Miguel Reale e na segunda ao Dr. Gilberto Freire.

No salão nobre desta Faculdade, a 30 de setembro de 1964, em sessão solene presidida pelo Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo, Prof. Dr. Gama e Silva, realizou-se a entrega do prêmio aos laureados.

Aberta a sessão, foi professor Miguel Reale introduzido no recinto por Dr. Alfredo Buzaid, sendo calorosamente recebido e saudado, em nome da Fundação, pelo Prof. Dr. Ernesto Leme, Secretário da Justiça do Estado e, em nome da Congregação dos Professores, pelo Prof. Dr. Alfredo Buzaid.

Recebeu também carinhosa homenagem de seus alunos, saudando-o, em nome dos colegas, o bacharelando Celso Lafer.

Agradecendo o prêmio e as homenagens recebidas, prof. Reale, em eloqüentes palavras, evidenciou uma vez mais seu entranhado amor à Faculdade, ao estudo e ao Direito.

### **Saudação do Prof. Dr. Ernesto Leme.**

Cabe pela segunda vez à Faculdade de Direito de São Paulo recolher o Prêmio “Moinho Santista”, no setor das ciências jurídicas. Com êle se coroou, em 1958, a atividade científica do professor Waldemar Martins Ferreira, o mestre mais eminente de sua geração no campo do Direito Comercial; sagra-se com êle, no dia de hoje, a vossa obra de pensador e de jurista, ao mesmo tempo que se premeia, nas ciências sociais em geral, o senhor Gilberto de Mello Freyre, cujo merecimento intelectual já recebeu, no país e no estrangeiro, a consagração definitiva.

Ao percorrer ainda agora a vossa extensa bibliografia, em que se deparam versados os temas mais diversos, na esfera da filosofia, do direito, da economia e da história, os meus olhos se voltam para o passado e eu me vejo, naquela manhã de 16 de agosto de 1934, a testemunhar, na sala da diretoria desta Faculdade, à imposição a um jovem bacharelado do capêlo de bacharel.

Já a êsse tempo havieis publicado o vosso primeiro livro — *O Estado Moderno*, revelando a madureza de espírito de um moço de vinte e quatro anos incompletos. A vossa preparação humanística, por outro lado, vos propiciava o ensêjo de ensinar latim e psicologia em curso de preparatórios, de onde passastes a professor de Direito Comercial e Legislação Fiscal no Ateneu Graça Aranha; também prelecionastes Sociologia e História da Filosofia, no Instituto Paulista de Alta Cultura.

A essa primeira produção do acadêmico seguiram-se logo após os primeiros trabalhos do advogado. *Formação da Política Burguesa, O Capitalismo Internacional, Atualidades de um Mundo Antigo e Atualidades Brasileiras*, são os novos degraus em que se assenta o vosso renome de publicista.

No mesmo ano em que vieram a lume os *Fundamentos do Direito*, tese de concurso com que ascendestes à cátedra que tanto enalteceis nesta Faculdade, também surgiu a *Teoria do Direito e do Estado*, que vale em verdade como uma complementação daquela obra, na qual visastes trazer uma contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva. Se é exato que o Direito preexiste à criação do Estado, somente com a formação do Estado é que se dá a definitiva consagração do Direito. Eis porque, citando Delos, em seu ensaio sobre a teoria da instituição, no qual proclama que “as realidades jurídicas encobrem fatos sociológicos: êstes são o “*subtractum*”, a substância interna dos fatos e das atividades jurídicas”, assim conceituais o problema: “o *jurídico* não é nada mais do que o *social* que recebeu uma *forma*, em virtude da intervenção da autoridade”.

É em vossa dissertação de concurso que lançais as bases da vossa teoria tridimensional do Direito, que tanto relêvodia ao vosso nome entre os juristas e filósofos contemporâneos. *Fato, valor e norma* constitui o derradeiro capítulo de vosso notável ensaio. O Direito não é “puro fato, nem pura norma, *mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores*”, (p. 301/2). E, examinando a interpretação de Georges Aillet à lei dos três estados de Augusto Comte, assim conclusis êsse capítulo e assim encerrais o vosso trabalho: “...o Direito Natural de nossa época tem um cunho eminentemente realista, o que não quer dizer que não saiba levar em conta, quando preciso, o alto valor das especulações metafísicas. O que nos

parece certo é que esta concepção corresponde ao desejo que as novas gerações sentem de reunir, em uma grande síntese, o real e o ideal, *o fato, o valor e a norma*”, (p. 320).

Acredito que, nesse instante, a vossa doutrina ainda não havia atingido em vosso espírito a sua feição completa. Porque em vosso discurso de posse na Faculdade de Direito falais no “caráter *bidimensional* do Direito, que possui um “*subtractum sociológico*”, no qual se concretizam os valores de uma cultura, e, ao mesmo tempo, é “norma” que surge da necessidade de segurança na atualização desses valores”. Só mais tarde é que o elemento intermediário se fixa em vossa teoria.

A doutrina que lançastes, da tridimensionalidade do Direito, vai ganhando terreno entre juristas e filósofos. A ela voltastes em outras oportunidades, dando-lhe o traço definitivo no Título X da vossa *Filosofia do Direito*. Foi ela discutida e exaltada em obras científicas, em revistas especializadas, em congresso internacionais. Recaséns Siches abre capítulos à parte em dois de seus livros para acolhê-la. Michel Villey coloca o vosso nome ao lado de Giorgio Del Vecchio, Kelsen, Dabin, Roubier, Cossio. Vossa *Filosofia do Direito*, traduzida para o italiano por Luigi Bagolini e G. Ricci, é apontada pelos maiores mestres como livro fundamental para o conhecimento da matéria.

Não seria possível, senhor Miguel Reale, fazer neste breve discurso a análise completa de vossa obra. Nem teria eu decerto a competência especializada que para tanto se requer. Fôrça é, todavia, referir aqui alguns de vossos trabalhos que, abordando facetas diversas do problema filosófico-jurídico, apresentam-se como desenvolvimento de vossa obra principal. Assim *As três acepções fundamentais da palavra Direito, a Concreção de fato, valor e norma no Direito Romano Clássico*. Porque, em verdade, “os romanos não chegaram ao estudo dos princípios ou fundamentos do Direito senão depois de uma pluri-secular experiência jurídica. Durante os primeiros séculos, bastou-lhes o seu

Direito particularista e próprio, o *jus civile*, explicado como um conjunto de preceitos estabelecidos “rebus ipsis dictantibus as necessitate exigente”, ou seja, como um produto elaborado na medida das necessidades da vida e da lição da própria experiência. Para a compreensão dêsse ordenamento jurídico particularista, de cunho acentuadamente aristocrático e formalista, bastava a *juris ratio*. O que importava aos jurisconsultos romanos era o senso do Direito revelado como experiência concreta, a sábia determinação da razão dos preceitos, a prudente lição das normas vigentes, a hábil concatenação dos dispositivos particulares na configuração dos distintos institutos, em uma palavra, o trabalho conseqüente do jurisperito, operando com “gêneros” e “espécies” em função da realidade social diretamente vivida”. (cf. *Revista da Faculdade de Direito*, 49/198).

É o que havíeis escrito muitos anos antes em vossa prova escrita do concurso de Filosofia do Direito, versando o tema que vos coube por sorteio, sôbre *O conceito de “ratio naturalis” entre os jurisconsultos romanos e Santo Tomás de Aquino*. Sendo aquêles “juristas antes de mais nada, tiveram sempre as vistas voltadas para as questões postas pela prática e, nesse mister, se revelaram de uma precisão inexcedível, aplicando um método que com razão foi considerado quase que geométrico”, (cf. *Revista, cit.*, 38/107).

São magistrais as páginas que dedicastes à *Teoria estimativa do Direito*, a propósito do livro de Carlos Cossio. E, escrevendo sôbre *O Contratualismo — Posição de Rousseau e de Kant*, dais uma interpretação nítida do problema. “O contrato social é, em suma, para Kant mais do que para qualquer outro pensador, a condição sem a qual o homem não poderia realizar seu fim último”. Em sua obra, tal é o vosso conceito, o contratualismo alcança a sua expressão máxima.

Como notas à margem do estudo de Clovis Bevilacqua a respeito d’A *Doutrina de Kant no Brasil*, traçais em dois

artigos publicados na *Revista da Faculdade de Direito*, (42/51 e 43/113), um ensaio magistral.

Sustenta Clovis que as idéias de Kant “não foram das que influíram mais fortemente na marcha do pensamento brasileiro, exercendo apenas a ascendência própria das grandes correntes que no fundo do conhecimento revelam claridades novas”, (Rev., 42/57). Rebateis essa conceituação, mostrando como “foi sob o signo das idéias de Kant que tiveram início os estudos jurídicos no Brasil”. Lembrais a propósito o primoroso discurso proferido nesta Casa pelo professor Reynaldo Porchat, a 11 de agosto de 1937, sobre *O Pensamento Filosófico no primeiro século da Academia* e no qual o mestre eminentíssimo consagra um capítulo inteiro ao filósofo de Königsberg, “Rousseau proclamou a liberdade como a essência do homem, observa Hegel, a este princípio foi a transição para a filosofia de Kant, da qual será o fundamento.

Sendo Avelar Brotero o primeiro professor de Direito Natural, é todavia com João Crispiniano Soares, mestre de Direito Romano, que as idéias filosóficas começam a penetrar nas Arcadas, com a divulgação dos princípios da escola histórica, através os ensinamentos de Frederico Carlos de Savigny.

Surge, porém, com a *Teoria Transcendental do Direito*, de João Teodoro Xavier, em 1876, a pregação na cátedra dos princípios da escola racionalista pura de Emanuel Kant. Não se escraviza o mestre à doutrina Kantiana: antes, combate-a no que entende conter demasias. Põe de lado o compêndio de Vicente Ferrer, que orientava os estudos em Coimbra, dando na Faculdade uma clarinada nova no ensino da filosofia.

Sá e Benevides, que o sucede na cadeira de Direito Natural, em 1878, renega as doutrinas modernas, para se subordinar às diretrizes da escola teológica.

Inaugura-se em Brasília Machado, em 1890, a cátedra de Filosofia do Direito. Passa o mestre logo após para a

cadeira de Direito Comercial, assumindo a cátedra de Filosofia Pedro Augusto Carneiro Lessa, de quem já dissestes haver posto o pensamento filosófico-jurídico dêste Instituto “em dia com o que se processava nos domínios da cultura ocidental”. E após breve passagem pela cadeira do professor João Pedro da Veiga Filho, assume a regência dessa disciplina João Brás de Oliveira Arruda, em 1910. Com Pedro Lessa e João Arruda os estudos da Filosofia do Direito assumiram em São Paulo feição verdadeiramente científica.

Sois dêsses dois mestres eminentíssimos o legítimo sucessor. Assumindo a cátedra de Filosofia do Direito aos trinta anos de idade, chegais a esta altura da vida, ainda bem moço, a uma projeção verdadeiramente notável entre os juristas de nosso país. O vosso nome alcançou a maior admiração e respeito nos mais elevados centros da cultura ocidental. O relatório que vos indicou ao prêmio de ciências jurídicas, da Fundação Prêmio “Moinho Santista”, assinalou com justeza que, “como invulgar estimulador e organizador da vida filosófica em escala nacional e internacional, como compreensivo historiador, evocando figuras e momentos olvidados do pensamento brasileiro, e sobretudo como autor de teoria reconhecidamente original sôbre a essência do Direito, valendo ao Brasil honrosa representação na história universal da filosofia contemporânea”, também fazeis jus ao prêmio de Filosofia. Encarnais maravilhosamente, como se dava com Pedro Lessa, as peregrinas qualidades de jurista e de filósofo. E enquanto dizemos do primeiro ter sido um jurista-filósofo, de vós diremos, senhor Miguel Reale, que sois um filósofo-jurista.

Outros destaquem o vosso merecimento como advogado, como homem de letras, como orador exímio; coloquem no devido realce a atuação que exercestes como Reitor da Universidade, Secretário de Estado, Representante do Brasil na Conferência Internacional do Trabalho, em 1951. A mim me basta falar, embora em breves têrmos, de vossa obra como cultor do Direito e da Filosofia.

Cumprе lembrar ainda, na vasta produção científica do vosso engenho privilegiado, o exame que fizestes da posição filosófica de João Mendes Júnior, no estudo que dedicastes à *Escolástica e Praxismo* em sua teoria do direito, (cf. *Revista da Faculdade de Direito*, 51/26). Assim como a revelação que nos trouxestes de haver a doutrina de Kant sido exposta pelo padre Diogo Antonio Feijó, em suas aulas de Lógica e Filosofia Moral, na cidade de Itú, na mesma época em que Victor Cousin “podia vangloriar-se de ser o primeiro a expôr de uma cátedra a doutrina de Kant em França”, (cf. *Revista cit.*, 45/331).

Muito teria ainda a dizer, senhor professor Miguel Reale, sôbre a intensa atividade intelectual que vindes exercendo desde os dias de vossa juventude. Sôbre o vosso merecimento como jurista e como filósofo, tudo foi dito e rememorado nas comissões do Prêmio “Moinho Santista”, levando o Grande Juri, em que se representam as mais altas instituições da vida nacional, a sagrar-vos como o seu eleito.

Não encerrarei estas palavras, todavia, sem uma breve referência às duas últimas obras que publicastes: *Parlamentarismo Brasileiro*, em que compendiastes a conferência proferida sôbre a matéria na Câmara Municipal de São Paulo e os debates que a ela se seguiram, assim como *Pluralismo e Liberdade*, coletânea de preciosos ensaios em tôrno da liberdade e da democracia.

Mais uma vez evidenciastes que não viveis insulado na tôrre de vossas meditações filosóficas, nem sepultado entre os livros de vossa biblioteca, a perquirir os temas jurídicos de vossa predileção. Vindes para a agora, através da palavra e do livro, orientando as novas gerações quanto aos seus deveres para com a pátria.

*Pluralismo e Liberdade* foi obra que se editou no momento justo, em que a sociedade brasileira percebia estar vivendo instantes crepusculares, em que tais princípios como que perdiam a sua razão de ser. Compreendestes perfeitamente os perigos a que nos encontrávamos expostos. E as palavras iniciais do vosso livro bem revelam as preocupa-

ções que vos assaltavam: “Os tempos parecem pouco propícios ao debate dos temas fundamentais da liberdade, sobretudo da liberdade política, expressão imediata da liberdade moral, mas é razão a mais para a análise dos motivos que vão gerando, na consciência popular, a hedionda convicção de que a perda da liberdade seja o preço inexorável da justiça social reclamada como valor mais urgente. Na realidade, se a liberdade política por si só não basta, também é indubitável que sem ela tudo se mostra precário e vacilante”.

Para que a não percamos, contudo, é mister que nos mostremos dignos dela. Foi por isso que a sabedoria americana fêz gravar em pedra, no frontispício de um museu de Washington: *The price of liberty is eternal vigilance*. .

Filósofo e jurista, senhor professor Miguel Reale, não tendes olvidado a pregação da liberdade. Ainda por isso, mereceis o nosso reconhecimento.

A Fundação Prêmio “Moinho Santista”, com a mercê que hoje vos outorga, homenageia em vós os juristas brasileiros, que têm em vossa pessoa um de seus mais altos representantes. E vos concita a prosseguirdes em vossa tarefa de estudioso do Direito, elevando cada vez mais, como o tendes feito até agora, o prestígio da nossa terra.

#### Saudação do prof. dr. Alfredo Buzaid.

Aos inúmeros títulos que galardoam a vossa fecunda existência, o de filósofo, o de mestre do direito e o de homem público, podeis ajuntar agora o de agraciado pelo prêmio Moinho Santista. Não postulastes tão alta mercê. Mas a Comissão de Juristas, integrada por professôres universitários de todo o país, apreciando o valor da contribuição original que destes para o progresso das ciências do espírito, indicou-vos o nome ao Grande Júri; e êste, que reúne o escol da intelectualidade brasileira, homologou-lhe

o parecer, num expressivo reconhecimento aos méritos de vossa obra de renovação cultural.

Do regozijo da Congregação desta Faculdade, a que servis com entranhado amor e irrivalizável devotamento, não é preciso dizer-vos. Nos olhares de todos os vossos colegas transluz a alegria de aplaudir efusiva e entusiásticamente a láurea que recebestes. Conforme o estilo dêste ato, compete a um dos professôres dirigir-vos uma saudação breve, moldada em linguagem lididamente acadêmica. Hesitei se devia obedecer à prescrição regimental. Um tal discurso, se em verdade condiz com as formalidades desta cerimônia, não tem contudo, a virtude de ser autêntico, porque falar de vós não é falar apenas de um homem no esplendor e no triunfo, mas sim do espírito de uma época, dos enseios de um povo na vibração romântica dos seus sonhos, da beleza quase heróica da radiosa alvorada brasileira. Em vez de falar de vós, julguei mais legítimo falar convosco, substituindo o monólogo solene, que exalta as sábias lições de filósofo, a variada e profunda erudição do jurista e a admirável coerência do homem público, pelo diálogo sincero, que nos irmana no ideal de um novo mundo, na pureza dos princípios cristãos e na fidelidade às instituições democráticas, de que vós sois incontestavelmente um evangelista.

Filhos de uma geração atribulada, madrugamos para a vida, em 1930, numa hora de agitação universal. O ano de 1930 é, na história do Brasil, um divisor de idéias, que marca o fim de uma era e o início de uma experiência política, social e econômica, quiçá a mais importante por que haveria de passar o país. A geração anterior se comprazia em escrever versos, romances, novelas e contos; frequentava os cafés do Rio e os restaurantes de São Paulo, à maneira dos poetas franceses do século XIX; e dissipava o tempo em porfias literárias, muitas das quais eram inúteis ou estéreis, bem que ao gôsto daquela época despreocupada. Até então as lutas desencadeadas no território nacional ti-

nham caráter antes político que social; eram encontros e desencontros de homens na conquista do poder.

A revolução de 1930 rasga, porém, novo horizonte, focalizando problemas sociais já pressentidos, mas ainda não sentidos em tôda plenitude pela consciência jurídica nacional. Foi justamente nesse período que entramos para a Faculdade de Direito, tomando conhecimento de problemas novos e angustiosos, que nos exigiam definição nítida num plano de idéias de valor universal. Começa aí, senhor Professor Miguel Reale, a vossa glória e o vosso fadário. Até 1934 a Faculdade de Direito é um laboratório de efervescências e inquietações. Nossas idéias políticas, sociais e econômicas assinalam as diretrizes fundamentais do pensamento brasileiro, que há de passar pelas mais diferentes vicissitudes. Os revolucionários de 1930 haviam esquecido a promessa de restituir à nação a soberania do auto-governo. Os paulistas sacudiram-nos num desafio, tomando armas e caminhando corajosamente para as trincheiras na mais surpreendente das afirmações de fé na democracia. Participamos dessa arrancada cívica, porque ela era o repto dos nossos pendores democráticos contra a perpetuação da ditadura. O regresso das frentes de combate trouxe-nos a convicção de que a derrota nas operações militares era apenas o prelúdio do triunfo na reconstitucionalização da Pátria.

A vossa formação nasceu aqui, sob as arcadas, nessa fase tumultuária de vida brasileira, em que vos afirmastes a um tempo filósofo, jurista e homem público. Dificilmente se pode dizer qual dêesses aspectos preponderou na vossa vida. O filósofo era um renovador do pensamento, que adequava os primeiros vãos. O jurista revelava a constante preocupação de compreender os supremos ideais de uma nova ordem jurídica, capaz de organizar a nação, resolver-lhe os problemas essenciais e salvar os direitos do homem. O político via as atualidades brasileiras no plano dos nossos problemas particulares.

O filósofo completa o jurista e o político. Se fôsseis apenas filósofo, viveríeis num mundo de puras abstrações, sonhando, à maneira de Platão, uma República ideal e imaculada; se fôsseis apenas homem público, faltar-vos-ia o cabedal dos princípios fundamentais, que elevam a política, de arte de soluções fragmentárias e utilitaristas, ditadas pelas razões de conveniência, à condição de ciência moral normativa, cujo objeto é o govêrno da sociedade pelo Estado na realização do bem comum. O ponto de interseção entre o filósofo e o político está no jurista, que se não alheia das realidades sociais.

Que diferença profunda marca o encontro dessas duas gerações. A geração anterior a 1930 viveu um periodo de relativa paz, não tendo sido violentada por nenhuma grave perturbação social; a geração posterior adquire desde logo a consciência de que um papel decisivo lhe estava reservado num mundo conturbado em sua própria estrutura. Se a geração anterior pôde deleitar-se no cultivo das atividades literárias, a geração atual é dominada pela preocupação absorvente do ideal político e da renovação social.

Dessa radical transformação, que desencadeou uma crise ideológica sem precedentes na história do mundo, não somos meros *espectadores* senão *protagonistas*, que participam inexoravelmente do processo revolucionário. É que, no entrechoque das correntes principais do pensamento, que separam o ocidente e o oriente em dois mundos irreconciliáveis, a ninguém assiste o direito de se encasular num ceticismo indiferente, quando a sorte da humanidade está em jôgo, pondo em risco um patrimônio de conquistas centenárias. A característica de nossa geração é a heroicidade de não poder ausentar-se na luta das idéias cristãs e democráticas, que banharam o berço de nossa nacionalidade.

As vossas intuições filosóficas e jurídicas, senhor Professor Miguel Reale, repontam no lustro de 1934-1939. Daí por diante o vosso espírito, permanentemente inquieto, dilata os horizontes dos conhecimentos, ordena as leis do pensamento, plasma a forma da linguagem e sistematiza a

investigação científica, passando a ser, pela fecundidade e eminência da produção, o chefe incontestável da nova escola filosófico-jurídica nacional.

Dois caracteres assinalam a vossa obra: a coerência na sistemática e o progresso na evolução científica. Quando, aos vinte e quatro anos de idade, publicastes o *Estado Moderno*, já dizíeis no prefácio: “Este livro exprime a vontade firme de teorizar a vida e de viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”. Este conceito encerra o valor de uma mensagem. Ainda em 1934, em outro livro *Formação da Política Burguesa*, destinado a completar o *Estado Moderno*, vossa indagação, bem que reconhecendo algo de descontínuo na história, ressalta, através dos tempos, a identidade essencial da natureza humana (*Formação da Política Burguesa*, p. 9), que é um elemento primordial de valor constante.

Que admirável conceito! As criaturas são, na verdade, sempre iguais; a humanidade é que se diferencia. Quem busca a confirmação desta verdade, não há de surpreender-se que a história se repete mais através de analogias que de contrastes. A vossa perspectiva de historiador não se detém no passado como um dado *imóvel*. “Muda-se a posição do observador no tempo”, dizíeis, “e eis que uma nova luz se projeta sobre os fatos, revelando aspectos desconhecidos, detalhes impressionantes”. (*Formação da Política Burguesa*, p. 11).

Percebendo que estamos no limiar de uma nova idade e de uma nova cultura, afirmais que o passado sobrevive no presente através de inelutável condicionalismo histórico; assim escrevestes que “a civilização repousa sobre uma crença exclusiva em uma dada atitude do espírito e é um complexo de modos de ser, de pensar e de agir que domina os homens (*op. cit.*, p. 11).

Realmente, o espírito de um povo reside nas suas leis, nos seus costumes, nas suas instituições, nos seus sentimentos, em certo destino, superior às formas de governo. O que

lhe dá a grandeza é, porém, a sua consciência religiosa, virtude singular que não surge senão nos povos que crêem na vida transcendental do homem. Bem compreendestes este fenômeno em outro livro, *Atualidades de um Mundo Antigo*, em que traçastes, com mão de mestre, as linhas fundamentais de uma concepção integral da história. “A religião”, escrevestes, “a angústia eterna do coração humano em procura de uma explicação suprema para a vida, o sentimento de que nós não somos tudo, a consciência de que somos mais que o caniço frágil que se dobra ao vento, a religião, não como mero fato social ou como instituição do culto, mas como força espiritual, a religião não penetra no âmago da história? O problema do destino humano é religioso antes de ser filosófico” (*Atualidades de um Mundo Antigo*, p. 20 e segs.).

Completa-se essa admirável fase da vossa atividade científica com a publicação de *Fundamentos do Direito e Teoria do Direito e do Estado*. Nestas duas obras, escritas há vinte e quatro anos, lançastes as bases definitivas das principais idéias, que verelam a vossa contribuição original no pensamento filosófico-jurídico. A teoria tridimensional do Direito e do Estado, caracterizada pelo fato, valor e norma, três aspectos de uma realidade única, segue uma evolução gradual, passando de categorias genéricas a categorias específicas, que se fundem numa unidade substancial, com caráter dinâmico e concreto (*Teoria do Direito e do Estado*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 11; *Aspectos da Teoria Tridimensional do Direito*, p. 9).

Abre-se agora a segunda fase da vossa vida, que conta já com quase um quarto de século de dedicação aos estudos especulativos, de infatigável atividade cultural e de incessante produção científica. Fundastes o *Instituto Brasileiro de Filosofia*, cenáculo augusto de uma plêiade de estudiosos que vivem na mais alta especulação do pensamento; pusesstes a serviço dêle a *Revista Brasileira de Filosofia* autêntico veículo de idéias, que agasalha em suas páginas tôdas as

tendências doutrinárias, desde que os seus intérpretes se inspirem em uma compreensão séria dos valores fundamentais da ciência; formastes uma escola de dedicados pesquisadores, que se estreitam em profunda afinidade com o mestre pela identidade do método e pelo amor à sabedoria.

Ao longo destes cinco lustros difundistes e aperfeiçoastes as vossas idéias filosóficas, lançando o *Curso de Filosofia do Direito*, já traduzido para o italiano por Bagolini e Ricci; devassastes aspectos olvidados do pensamento brasileiro no período colonial e imperial, analisando as obras de Brotero e Krause, a doutrina filosófico-processual de João Mendes Junior e o positivismo de Pedro Lessa.

Mas de todos os vossos trabalhos, aquêlê em que reluz mais nitidamente o vosso ideal, em que palpita mais eloqüente a fôrça do vosso pensamento e em que o homem se identifica com o pensador é *Pluralismo e Liberdade*. Neste livro, jóia da literatura nacional, definistes o problema que sempre torturou a vossa alma inquieta: a relação entre o princípio da autoridade e a garantia da liberdade. A publicação dêste livro coincide com as horas turbulentas, que precederam ao triunfo da revolução de março. Vistes que o país era arrastado à mais ousada aventura política, tendente a destruir as instituições nacionais e substituí-las por uma ditadura marxista, preparada com técnica e precisão. O vosso livro sai à luz como uma advertência aos intelectuais, mostrando que era preciso preservar a liberdade, porque estávamos ameaçados de perdê-la no dia seguinte. E depois de perdê-la, seriam baldadas tôdas as esperanças de recuperá-la, porque a experiência de muitos povos assinalou que, onde se implanta o marxismo-leninista, o único partido que governa a sociedade mata os apóstolos da liberdade para fazer viver uma ditadura mono-partidária. Vaticinastes, como um profeta, o temporal que ia desabar sôbre a Pátria. Essa intuição, tão própria dos poetas, que desvendam os horizontes esfumados, me lembra um episódio ocorrido na vida de Goethe.

Conta Eckermann que se dirigia, numa tarde, para Erfurht, quando percebeu que, na estrada, lado a lado, caminhava também um homem de idade. Apenas começaram a conversar, o diálogo recai sôbre a pessoa de Goethe. Perguntou Eckermann ao viandante se o conhecia.

“Conheço-o”, respondeu com satisfação. “Fui seu criado de quarto quase vinte anos”.

Pediu-lhe Eckermann que lhe contasse alguma coisa da juventude de Goethe. E o antigo criado de quarto, depois de dizer que Goethe se ocupava com problemas de ciência e investigação da natureza, narrou o seguinte fato:

“Certa feita chamou-me Goethe a horas mortas da noite; ao entrar no quarto, observei que Goethe deslocara o divã de um canto para junto da janela, donde contemplava o céu.

“Não vistes nada no céu”, indagou Goethe.

Como nada respondesse, Goethe disse-lhe:

“Então corra à guarda e pergunte à sentinela se viu alguma coisa”.

O criado cumpriu a determinação e trouxe a resposta negativa, encontrando Goethe, debruçado à janela, a observar o céu.

“Ouve” disse-lhe Goethe, “estamos num momento crítico: há um tremor de terra ou vamos tê-lo em breve”.

O céu estava coberto de nuvens, mas calmo embora abafado. Não circulava nenhuma corrente de ar.

O criado de quarto, embora nada tivesse visto, acreditou no patrão. No dia seguinte, porém, quando o fato era narrado na côrte, certa data segredou ao ouvido de outra:

“Vejo! Goethe está a brincar”.

Dias depois, chegando a mala postal, confirmou-se a notícia de que, naquela noite, uma parte da cidade de Messina tinha sido destruída por um tremor de terra (Eckermann, *Gesprache mit Goethe*, p. 46).

Os poetas e os filósofos são assim. Vêm o que os outros não vêem. Devassam os enigmas insondáveis. E tentam

explicar, com certa emoção cabalística, os mistérios do mundo.

Há trinta anos, senhor Professor Miguel Reale, à maneira de Goethe, previstes que um grave tremor de terra haveria de sacudir o país, porque os homens públicos preferiram antes afastar o perigo de uma convulsão social do que enfrentá-lo com coragem; porque os políticos em vez de formarem a opinião pública à luz de uma consciência democrática e de amor à liberdade, se entregaram a disputa de cargos, mediocrisando-se em competições pessoais; porque, finalmente, se alhearam da política como ciência para dela se servirem como mera arte de rivalidades pessoais.

A vossa advertência ecoou, porém, no país, desde a praça pública até os mais conspícuos congressos de filosofia; através de livros e de artigos de doutrina; pela imprensa, pelo rádio e pela televisão; em todos os lugares, onde se levantou uma tribuna para difundir o pensamento de renovação nacional.

Bemaventurado, o país que ainda possui apóstolos de vossa estatura!

### Saudação do bacharelado Celso Lafer.

Saudamos V. Excia. e o homenageamos pela justíssima outorga do prêmio Moinho Santista no campo das ciências jurídicas. O prêmio é o reconhecimento do alto valor de tôda uma obra e esta nos coloca na paradoxal situação de, ao prestar-lhe uma homenagem, não estarmos senão a retribuir, num momento, a homenagem permanente que a obra de V. Excia. presta ao nosso espírito. Ao paradoxo deve somar-se o embaraço em que nos achamos. A praxe manda que, em homenagem como esta, sejam mencionados os pontos culminantes do pensamento do homenageado. Confessâmo-nos, porém, embaraçados para obedecer à praxe, pela impossibilidade de abordar tôda sua obra,

mesmo em breve síntese. Tomamos, porisso, a decisão de nos cingirmos a uma formulação que se encontra em um de seus livros juvenis, mas que o tem acompanhado durante tôda a sua vida, conforme V. Excia. tem declarado reite-radas vêzes. Diz V. Excia.: “É preciso teorizar a vida e viver a teoria numa unidade indissolúvel de pensamento e de ação”. Esta colocação de capital importância reflete inclusive a emergência do advogado na vida pública da sociedade contemporânea. De fato a democracia parte da conclusão sociológica — de que uma sociedade complexa é necessariamente diversificada e do imperativo ético de que é justo que os vários grupos que a compõem tenham os seus interesses representados e respeitados. Ora, o macrocosmos da vida política repete de certa forma o microcosmos do processo onde também encontramos partes e interesses cuja existência legitima e condiciona a vida jurídica. Assim, a própria formação profissional do advogado é talhada para a ação. Como conciliar a vida de pensamento com as contradições inevitáveis da ação é a próxima pergunta que devemos propor. A resposta nos é dada por Max Weber num estudo onde demonstra que se o sábio não atuante pode limitar-se a uma *ética de convicção* o sábio participante deve acrescer a esta *ética de convicção* uma *ética de responsabilidade*. Mas de que modo medir a responsabilidade? Ascarelli indica os dois caminhos do direito, não através de análises de juristas, mas de figuras literárias, a provar que o direito não é uma árida ciência, mas a própria vida social. O primeiro caminho, simboliza-o Antigone, morrendo em nome de uma lei que julgava superior à lei positiva, mas provocando a mudança desta. Temos aqui a ruptura total com uma determinada ordem, através de uma reforma ou de uma revolução que positiva uma nova ordem em normas sancionadoras que serão, por seu turno, superadas. O segundo caminho é simbolizado por outra figura, não mais do teatro grego mas de Shakespeare: Pórcia. Pórcia não negou que

Shylock tivesse direito a um pedaço do corpo de Antônio. Aceitou o pacto, mas interpretando-o, negou a Shylock o direito de derramar uma só gota de sangue de Antônio, anulando, pois, o pacto antes celebrado. Portanto, Porcia não nega a validade da ordem jurídica. Interpreta-a, porém, e interpretando-a redu-la a nada e conseqüentemente a supera. Cremos caro mestre prof. Miguel Reale que Porcia tem sido a sua companheira se bem que V. Excia. não tenha recusado algumas aventuras com Antigone. Mas seja através de um seja através de outro caminho, ensina Ascarelli: “O jurista tomará a História como seu ponto de partida e tornará a olhar a História como seu ponto de chegada”. E é êste exatamente caro mestre o seu ponto-de-vista, já que “a ação é a energia dirigida para algo que é sempre um valor” e uma axiologia a histórica não tem sentido pois “é na história e pela história que se aperfeiçoa o conhecimento do mundo dos valores”. Prosseguindo na caminhada pelo seu pensamento, encontramos nos valores fundantes da democracia a referência de uma ética de responsabilidade. A democracia deve ser vista como um “processo histórico incessante de integração de valores de convivência” que V. Excia. discrimina da seguinte forma: 1) *o legado da Grécia* ou seja a liberdade de pensar como pluralidade de pensar. Dêle conclui V. Excia.: “é o primeiro dos pilares da ideologia democrática, aquêle que tornou possível de certa maneira, o revelar-se dos outros, ficando dêste modo, claro que, onde quer que falte ao homem a faculdade de ser fiel a si mesmo, ao próprio pensamento; onde quer que haja pensamento único, impôsto como verdade transpessoal e definitiva; onde quer que haja órgãos de ortodoxia política, a determinar autocríticas que culminam em atos de submissão aos mentores do ideário oficial, pode haver tudo, menos democracia”. 2) *o legado de Roma* ou seja a consciência dos valores autônomos do Direito para que fique “afastada a idéia do arbítrio que representa uma ruptura na ordem racional, um hiato na harmonia dos valores de convivência”.

3) *o legado do cristianismo* ou o reconhecimento da igualdade da natureza humana. 4) *o legado do liberalismo* ou seja a noção de “Estado de Direito” “desde que a palavra “direito” deixe de significar um conjunto de preceitos protetores de interesses para ser o bem social normativamente ordenado, o direito, em suma, como experiência concreta que pode se expressar em leis mas que com as leis não se confunde”. 5) *o legado do socialismo* ou seja “uma compreensão mais concreta, ... existencial da idéia de igualdade entendida como direito reconhecido a cada homem de participar do “bem-estar social” dos bens que a espécie humana vai acumulando através do tempo como resultado do esforço conjunto das elites e das massas anônimas”.

Eminente mestre prof. Miguel Reale, êste parece ser o sentido profundo da relação feita por V. Excia. entre *logos* e *pragma*. Procuramos captar o seu conteúdo de verdade e justiça que, no dizer de sábio ensinamento talmúdico, são o sustentáculo do mundo. Ao concluirmos, só nos resta dizer que, diante das superiores qualidades de espírito de V. Excia. não temos outra alternativa que não seja a admiração. Receba portanto prof. Miguel Reale o preito de admiração de seus alunos, e receba-o envolvido pelo calor da amizade que lhe dedicamos.

#### **Discurso do Professor Miguel Reale Agradecendo o “Prêmio Moinho Santista”.**

Permiti, esta noite, quando tão alto me eleva a vossa generosidade, recordar um episódio de minha vida, que penso ter sido o instante germinal de uma carreira que houvesteis por bem considerar fecunda.

Era uma tarde chuvosa de outubro, já lá vão 35 anos. Estava eu do outro lado do Largo de São Francisco, aguardando condução para retôrno ao lar, quando meus olhos se pousaram demoradamente sôbre a fachada do antigo

convento de taipas. Era o mesmo casarão visto e admirado tantas vêzes, mas, naquele instante as paredes vetustas como que me falaram com o sortilégio de um templo grego desvelando o futuro.

Adolescente, prematuramente acordado para as preocupações e as angústias da sociedade contemporânea, — como tem acontecido às gerações dêste século, que vertiginosamente passam da infância para a juventude, — estava então vivendo dias de profunda perplexidade. Chegara a hora de escolher um caminho, com sacrifício de mil outros possíveis. Que digo? Chegara o momento decisivo na vida de um jovem, o de encontrar o único caminho possível, aquêle que realiza a sua vocação como desdobramento natural de tendências e projeção espontânea da própria personalidade.

Filho, neto e bisneto de médicos, com uma longa e gloriosa tradição familiar a serviço do Esculápio, já me sentia preparado para afrontar os exames vestibulares de medicina, mas meu coração continuava inquieto. Interessavam-me, sim, os problemas da vida, mas não na alternativa permanente da saúde e da doença, na vivência quotidiana do nascimento e da morte, nesse empenho de salvação biológica que marca a dignidade e a beleza da profissão de Hipócrates.

A vida que verdadeiramente me encantava e atraía era a vida do todo social, a existência coletiva com suas alegrias e seus desesperos, a “convivência humana”, nos infinitos enlances de esperanças e desenganos. Foi o que percebi aquela tarde, ao sentir-me chamado a ingressar nesta Casa. Tudo o que até então se ocultara nos refólhos de minha alma, a tensão para o social e o coletivo, que me arrastava a discussões intermináveis com a confiança arrogante e precipitada tão natural nos moços, tudo o que latejava em meu eu profundo, aflorou repentinamente, na plena consciência de meu destino.

E, desde aquêles instante, as Arcadas se tornaram a minha morada espiritual e, como sói acontecer àqueles que têm a ventura de aqui entrar, converteu-se em minha eterna namorada. Morada, à qual a nacionalidade se volta sempre confiante no fragor das intempéries; cerne de tradição e de perseverança no trabalho; fio condutor na continuidade essencial da história pátria. E namorada, como estímulo à aventura, desafio à autoconsciência, convite ao pensar autônomo e motivo renovador de poesia e devaneio.

É a esta Casa, portanto, que estais premiando, que ela é uma lição viva de direito, do direito que se não cristaliza em ouropéis formais, nem se dissipa nas névoas de um querer quimérico, mas se embebe de exigências vitais; do direito que não é forma estrínseca da vida, mas a vida mesma na síntese normativa de fatos e valores, da realidade e do ideal.

Assim fluem os anos nesta Faculdade, entre o direito e a poesia e, quando cuidamos estar servindo à segunda para melhor conquistar o primeiro, o que ocorre é que ambos se integram em nossa personalidade, para que as regras jurídicas não assumam jamais a rigidez dos comandos, mas guardem sempre o cálido palpitar do amor que abre caminho à revelação do próximo.

Foi a polaridade existente entre o que somos e o que devemos ser; foi a verificação da ambivalência do ser humano, que assim como não é redutível a um simples sistema harmônico de ossos e de órgãos, também não flutua na evanescência das formas puras, por ser tudo isto na tensão de sua finitude existencial; foi, em suma, a compreensão da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores e pedra de toque da legitimidade dos governos que me levou, paulatinamente, a conceber a “teoria tridimensional do direito”, que antes de mais nada, marca uma exigência de totalidade e de concreção, a fim de que o filósofo do direito deixe de corresponder à imagem de um pobre hermafrodita, indeciso entre o canto de sereia das

idealidades transcendentas e a sedução renovada dos infinitos desempenhos da vida.

Mais do que nunca se torna indispensável ao jurista não se transviar no labirinto dos fatos sociais, com perda do sentido unitário de sua tarefa humanística. Tal diretriz não será, todavia, exequível sem um mínimo de Filosofia do Direito, máxime numa época marcada por violentas transmutações nas categorias e tábuas de referência do convívio humano, e num país como o nosso, que está vivendo o momento decisivo de sua história, mal superado o pesadelo das agitações infecundas fomentadas por falsos pregadores de justiça social. Mister é, pois, que os juristas descortinem os amplos horizontes das aspirações populares, participando criadoramente da obra de interpretação serena e objetiva de nós mesmos, graças à sondagem até às raízes de nossa “condição humana” e de nossa “condição nacional”

Talvez resida aí a razão do prêmio com que me distinguis, fico eu a conjecturar, levado pelo hábito de indagar sempre das causas primeiras dos atos humanos. Sim, se algo me parece válido em minha experiência de jurista é o propósito de fidelidade às fontes primordiais de nossa tradição jurídica, que tem sabido fincar os pés nas infraestruturas da positividade, apegando-se aos fatos com as cautelas dos velhos praxistas, para melhor poder projetar a cabeça confiante à altura dos valores ideais.

É esse mesmo amor concomitante pela realidade e pelo ideal que leva os homens de emprêsa, da alta categoria dos que integram o “Moinho Santista”, a superar o âmbito às vezes asfixiante do imediatismo econômico, para artisticamente compor novas unidades de produção e de trabalho do mais alto alcance social, e a ter olhos também para apreciar as realizações culturais mais desinteressadas, os frutos das pesquisas que perfumam as intenções dos estudiosos em luta com a transitoriedade da existência.

É indispensável que nos compreendamos, nós que servimos à economia e à justiça, pois esta pouco ou nada valerá como simples medida formal de igualdade, se o conteúdo do econômico não a tornar real e efetiva, de tal modo que a igualdade perante a lei passe a significar sempre igualdade perante a vida e a cultura, de conformidade com o Estado de Direito concretamente reclamado pela democracia atual, que é menos um regime do que o estágio histórico a que se elevam as sociedades através de sua intransferível e pertinaz experiência do pluralismo das convicções e das iniciativas em uma comunhão de liberdade.

Em minha vida, como advogado ou professor, como político ou cultor das idéias, tenho procurado me manter fiel a essas perspectivas, sempre inconformado com a legalidade estrita ou com as formas illusórias de justiça, — o que me tem valido a incompreensão dos mediócras, — pois o que importa é estarmos convictos de que o direito não é uma roupagem cortada ao talante dos rabiscadores de figurinos sociais, nem talhada às pressas sob o lâtego da violência ou composta pelas artimanhas da astúcia, por ser a forma que a sociedade vai por si e para si mesma modelando por fôrça de intrínsecas virtudes, sendo, assim, inseparável do processo de seu autorevelar-se.

São estas as palavras que vos posso dizer, ao sentir multiplicada a minha alegria pelas formosas orações proferidas por dois eminentes colegas, Ernesto de Moraes Leme e Alfredo Buzaid. O primeiro, com a sua personalidade de escol, exemplarmente dedicado ao culto do direito e das letras, liga-me à geração de meus antigos mestres, a figuras magnificas como as de Francisco Morato, Braz de Souza Arruda, Gabriel de Rezende Filho, Waldemar Martins Ferreira, Jorge Americano, Vicente Ráo, Antonio Ferreira de Almeida Júnior e Honório Monteiro. A lembrança de Waldemar Ferreira, o primeiro jurista laureado pela “Fundação Moinho Santista”, suscita-me um profundo sentimento, misto de saudade, de admiração e de responsabi-

lidade, dando-me a nitida impressão de que o tempo vai carinhosamente interligando os fios da continuidade histórica, à medida que dedilha os momentos da vida. Oxalá possa esta recordação me valer como estímulo para prosseguir na jornada, guiado pelo exemplo daquele sempre jovem e incansável lidador!

Alfredo Buzaid é o companheiro dos bancos acadêmicos, de caminhadas por tôdas as direções do espírito. Somos irmãos nesta Academia, e, de mãos dadas, temos sonhado, pensado, construído, examinando-nos mutuamente, a exigir um do outro o pagamento de uma promessa jamais formulada, mas implícita no teor de nossas conversas e no brilho esperançoso de nosso olhar de moços.

É o mesmo compromisso que renovo neste instante, perante esta assistência culta e amiga, com os olhos da inteligência voltados para os mestres insignes que integraram o Grande Juri e as Comissões Especiais, esperando poder compensar as demasias de sua decisão generosa, com novos estudos, novas pesquisas, novos empenhos, se a tanto amor bastar tão curta vida.

## Novo Titular da Cátedra de Direito Romano Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia.

O Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia, filho do prof. Dr. Alexandre Correia, e de D. Maria Conceição de Castro Correia, nasceu nesta capital a 13 de outubro de 1925.

Fêz o curso primário e os quatro primeiros anos do currículo ginásial no Ginásio Ipiranga desta capital, completando-o no Liceu Franco-Brasileiro, aos 15 anos de idade.

Em 1943 ingressou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e logo após na Faculdade de Filosofia de São Bento, recebendo em 1947, ao mesmo tempo, dois títulos universitários: o de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais e o de Licenciado em Filosofia.

Dois anos após, em 1950, apresentando a tese *O Estoicismo no Direito Romano*, submeteu-se a concurso para livre docência em Direito Romano, tomando posse do cargo a 4 de dezembro dêsse mesmo ano; lecionou desde então essa matéria no curso noturno, o qual fôra recentemente inaugurado.

Em 1952 viajou para a América do Norte a fim de freqüentar o curso de Direito Comparado da "Southern Methodist University" (Dallas, Texas) dos Estados Unidos, obtendo o título de "Master of Laws in Comparative Law".

Retornando ao Brasil foi convidado para lecionar Direito Romano na Faculdade de Direito de Campinas e, em 1957 quando de sua fundação, na Faculdade de Direito de Sorocaba, de cuja Congregação é membro integrante até o presente.



Conhecendo profundamente diversas línguas, francês, inglês, alemão, italiano, latim e grego, o Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia, além de publicar vários livros e artigos, elaborou a tradução de obras em italiano, latim e inglês, de clássicos e renomados autores que se tornaram de manuseio constante pelos estudiosos da matéria.

### Bibliografia.

Para o concurso à cátedra, apresentou o novo professor a seguinte bibliografia:

*O Estoicismo no Direito Romano* (Tese), São Paulo, s.c.p., 1950.

*Manual de Direito Romano*, 2.<sup>a</sup> ed. (Colaborador), São Paulo, Saraiva, 1953-55.

*Direito Romano: a Mancipatio, o Nexum e a in Jure Cessio* (Tese), São Paulo, Saraiva, 1960.

*Estudos de Filosofia no Direito Latinoamericano nos Estados Unidos*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v.48:97-105, 1953.

*O Direito Romano Vivo*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 49: 297-308, 1954.

*A Filosofia do Direito Penal nas Confissões de Santo Agostinho*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v.54 (2): 171-179, 1959.

*As Obrigações Solidárias em Direito Romano*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v.55: 197-240, 1960.

### Traduções:

GAIO (séc. II, d.C.). *Institutas* (In CORREIA — SCIASCIA). *Manual de Direito Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., 1953-55, v. 2, p. 71-289.

MALATESTA, NICOLA F., *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, São Paulo, Saraiva, 1960.

THOMAS, ANN (Van Wynen), *O Comunismo Contra o Direito Internacional*, São Paulo, Saraiva, 1958.

### Posse da cátedra de Direito Romano.

Com a tese *Direito Romano: a Mancipatio, o Nexum e a in Jure Cessio* submeteu-se o Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia a concurso de títulos e provas à cátedra de Direito Romano, vaga com a aposentadoria do Prof. Alexandre Correia. Classificado em primeiro lugar por unanimidade, tomou posse da cátedra em sessão solene da Congregação realizada a 5 de fevereiro do corrente ano, presidida pelo Sr. Diretor Prof. Dr. Luís Eulalio de Bueno Vidigal.

Introduzido no recinto foi saudado pelo Prof. Dr. Washington de Barros Monteiro que proferiu vibrante discurso.

### Discurso de saudação pronunciado pelo Professor Dr. Washington de Barros Monteiro.

Quando em 1927 ingressei nesta Faculdade, para receber grau em 1931, ainda aqui ressoavam as magistrais preleções de direito romano do grande mestre que havia sido Reinaldo Porchat. Tinha êle, realmente, o sublime dom da eloqüência, que é, no dizer de EURÍPEDES, a rainha dos corações. A um só tempo, êle reunia a propriedade, a elegância da frase, a limpidez e a acuidade do raciocínio. Movimento, dramaticidade, fôrça de persuasão, isto é, os eternos fatôres da eloqüência, Porchat os possuía no mais alto grau. Como Royer-Collard, nunca dizia uma só pa-

lavra a mais, tudo quanto falava tinha profunda significação.

Depois, veio Spencer Vampré, de quem fui aluno. Culto, erudito, suave no falar, meigo mesmo, era de fato “um semeador de rosas nesse nosso jardim de pedra”, como de modo tão belo se expressou Goffredo da Silva Telles Júnior na homenagem póstuma, que se lhe tributou nesta Casa. Dizem que, na vida, a gente tem oportunidade de encontrar-se apenas com uns quatro homens bons. Pois Vampré seria inquestionavelmente um dêles, tal a suavidade, que sempre irradiava. Essa a impressão que conservo, no recesso de minha alma, do grande mestre, que há pouco se finou.

Em seguida, Alexandre Corrêa, taciturno, severo, porém, um sábio, que acumulou, em tôda a sua proveitosa existência, ciência infinita, que prodigalizou a mancheias a gerações e gerações de estudantes. Vida consagrada ao estudo, nada lhe retrata melhor a personalidade que esta inocente anedota, que ouvi, certa feita, entre alguns de seus colegas de turma. Visitavam-no êsses colegas e, após alguns instantes, foram despedidos com estas palavras: “agora vão embora, que eu preciso estudar”.

No dia de hoje, assume a cátedra, em caráter vitalício, Alexandre Augusto de Castro Correia, um moço calado, de maneiras singelas, de atitudes modestas, e que, no convívio do lar, junto ao seu sapientíssimo pai, soube haurir os conhecimentos, que lhe abriram as portas desta Faculdade.

A cadeira de direito romano tem sido, portanto, aqui-nhoadada com uma seqüência de notáveis professôres. Preciso era, efetivamente, que assim acontecesse. O direito romano vem a ser um dos máximos monumentos do engenho humano, o fulcro da civilização jurídica ocidental. De fato, como ensina Arangio-Ruiz, os modernos direitos europeus podem ser considerados, em grande parte, como *derivazioni* e *addatamenti* do direito justiniano. Nos romanos quase sempre nos vemos a nós próprios. Aquêles

que escuta a linguagem do direito romano verdadeiramente entende a linguagem de tôdas as nações (Bynkerschoek).

Até mesmo aquêles que se mostram sistemáticos adversários do direito romano, como Bravard, se inspiraram fortemente nêle. Declarou Laurent, num momento de mau humor: pouco nos importam, hoje, os textos romanos: *c'est de l'histoire*.

Mas, tais conceitos hão de ser desprezados. Como asseverou Giorgio Del Vechio, assim como no Oriente o supremo tema da atividade espiritual foi a religião, na Grécia a filosofia, em Roma foi o direito. E Leibniz pôde dizer dos juriconsultos romanos que seus escritos quase atingiam a precisão das verdades matemáticas.

Por isso mesmo, parafraseando Salleiles, pode-se dizer que fazer um código civil, eliminando o direito romano, equivale a fazer um código brasileiro sem direito brasileiro. Sua forte disciplina, a sabedoria de seu desenvolvimento progressivo e a **autoridade que representa**, eis os dados que lhe asseguram sua vitalidade e permanência, através dos séculos, bem como sua influência decisiva na educação jurídica dos povos modernos.

Veja-se, a título de exemplo, o que aconteceu com o nosso Código Civil. Na frase de Abelardo da Cunha Logo, se passarmos em revista os 1 807 artigos, verificaremos que mais de quatro quintos dêles, ou sejam, 1 445 artigos, são produto da cultura romana, ou diretamente apreendidos nas fontes da organização justiniana, ou indiretamente, nas legislações que aí foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, França, Alemanha e Itália, que fizeram do direito romano o manancial mais abundante e profundo, para mitigar sua sêde de saber.

Justiniano, “manso marido de Teodora, mescla de voluptuoso tirano e teólogo austero”, foi realmente um imperador-guerreiro, um imperador-arquiteto e um imperador-legista. De suas inúmeras guerras, nada restou, a não ser a súplica do primeiro de seus generais: um óbulo

para Belisário. De sua arquitetura, sobraram uns poucos monumentos. Mas suas leis governaram o mundo e ainda hoje formam a base de tôdas as legislações.

Se o direito romano é assim como que o esperanto do mundo jurídico, como se expressa Radbruch, bem se compreende a importância de seu estudo e a significação de que se reveste a cerimônia que hoje assistimos nesta Casa. Do nôvo professor da cadeira muito esperam seus alunos e colegas. Sua Excelência trará certamente novas contribuições para o progresso da ciência jurídica.

Não lhe faltam, para tanto, as indispensáveis credenciais. Sua dissertação de concurso sôbre a *mancipatio*, o *nexum* e a *in jure cessio* constitui realmente notável trabalho e pelo seu mérito outorgou-lhe esta cátedra.

A esta altura, pertencem apenas ao passado as muitas dissensões que o controvertido concurso suscitou. Reconheceu-lhe o Supremo Tribunal Federal seu inconcusso direito. *Roma locuta est*. Como disse Pimenta Bueno, se a justiça é uma religião social, o Supremo Tribunal é o grande sacerdote dela, o guardião de sua pureza e de sua igualdade protetora.

Por isso, superados todos os desentendimentos, abrem-se as portas desta Faculdade para receber o nôvo catedrático, designando-me o meu eminente diretor, Professor Luis Eulálio de Bueno Vidigal, para dar-lhe as boas vindas e dizer-lhe dos nossos sentimentos amistosos.

Desincumbindo-me do encargo quero dizer que se Alexandre Augusto de Castro Correia deu provas públicas de seu alto valor, existe ainda outro aspecto de sua personalidade, que aqui há de ser ressaltado. Enquanto se prolongava a sua luta, com tôdas as paixões que levantou, nunca se ouviu de Alexandre Augusto uma só palavra de recriminação contra quem quer que seja; nenhuma censura, nenhum queixume, em todos os momentos, a mais serena compreensão. As manifestações, que lhe foram adversas, êle as recebeu como expressão de liberdade de crítica e

de julgamento, que a todos sempre reconheceu. Nos episódios que se sucederam ao concurso, jamais hesitou em comparecer às salas de aula, no cumprimento de seu dever, embora talvez mais cômodo lhe fôsse uma compreensível ausência. Portou-se assim estóicamente, como os romanos, cuja história estudou e aprendeu.

Na defesa de seus direitos, porém, revelou-se intransigente e inflexível. Aliás, como afirmou Ihering, a luta pelo direito é, na realidade, a poesia do caráter. Resistir à sua violação é um dever do indivíduo para consigo mesmo e um dever para com a sociedade. Como disse Coelho Neto, só os fracos, os impotentes quedam-se na resignação. Os enérgicos insurgem-se, lutam, dão combate à vida e vencem. Eis, em poucas palavras, o drama de Alexandre Augusto de Castro Correia, a quem a Faculdade de Direito de São Paulo, por meu intermédio, dá as boas vindas, desejando-lhe, com efusão d'alma, tôdas as venturas.

#### **Oração do professor dr. Alexandre Augusto de Castro Correia.**

Agradecendo as palavras que lhe foram dirigidas, disse o nôvo professor a seguinte oração:

“Ao assumir agora nesta Faculdade sucedendo a meu pai prof. Alexandre Correia, a Cátedra de Direito Romano, desejo aproveitar a oportunidade para efetuar agradecimentos primeiro e em seguida uma como profissão de fé correspondente ao juramento aqui prestado. Os agradecimentos se dirigem inicialmente a meus queridos pais a quem devo criação e educação, e que tenho a felicidade hoje de ver presentes assistindo a esta solenidade; para êles, a cerimônia de minha investidura no honroso cargo de professor catedrático desta gloriosa escola há de representar sem dúvida a melhor recompensa de seus incansáveis esforços, procurando dar aos filhos uma educação capaz

de lhes permitir o desempenho digno de funções úteis à coletividade. Manifesto-lhes, pois neste momento e com alegria minha gratidão filial.

“Da família, sabêmo-lo é complemento a Escola; e nós, paulistas, falando em Escola sempre e instintivamente, por força, como direi, do atavismo pensamos na “velha e sempre nova” Academia do Largo de S. Francisco fundada pelo primeiro Imperador do Brasil e cenáculo por onde passaram os mais notáveis vultos da história jurídica, política e literária de nossa terra, tais como o insigne João Mendes Júnior preclaro professor e magistrado, o grande Barão do Rio Branco, nosso maior diplomata e o incomparável Ruy, justamente cognominado de Cícero brasileiro. Lembro só êstes três nomes para mostrar através dêles a importância perene da Faculdade contribuindo para a formação de nossos grandes homens.

Meus agradecimentos se dirigem pois, em segundo lugar à nobre escola onde tive a ventura de passar a juventude estudando e convivendo com filhos de terra brasileira nascidos em S. Paulo e em outros estados; foi também decisivo para mim, o exemplo de mestres como Waldemar Ferreira, Soares de Faria, Gabriel de Rezende Filho, Braz Arruda, Siqueira Ferreira, já falecidos e dos quais recebi sempre demonstrações de saber, dignidade e cavalheirismo; lembrando-lhes aqui o nome desejo exprimir a gratidão do discípulo guardando dêles recordação grata e indelével.

Sobre os professôres vivos continuando a tradição dos falecidos basta, creio, dizer: sem êles, jamais seria eu coisa alguma no mundo jurídico brasileiro e a atenção que porventura mereça minha atividade como professor só pode ser compreendida e explicada à luz de sua ação formadora e educadora. Além do estímulo constante representado pela convivência diuturna com meu pai, como poderia eu aqui exprimir a gratidão pelo quanto devo a todos os mes-

tres, quer quando estudante quer mais tarde, convivendo e trabalhando com êles? Queiram, pois todos benèvolamente aceitar minha homenagem, tributada com a sinceridade de quem lhes admira o talento e o brilho com o qual representam as culminâncias de nossas letras jurídicas.

Os funcionários da Casa são também neste momento credores da expressão de meus agradecimentos pela maneira afável, eficiente e cordial com que sempre me trataram: todos sabemos quanto a ação das instituições em geral e das escolas em particular depende da qualidade de seu pessoal administrativo; a da de nossa Faculdade é modelar, merecendo aplausos em ocasiões solenes como esta.

Não posso finalmente olvidar a juventude acadêmica, a “cupida legum juvenus” de Justiniano, primordial razão de ser da existência de nossa Faculdade, É ela, com efeito futuro da pátria, a destinatária de todo o esforço educativo desta instituição. Procurando na medida de minhas escassas fôrças servir a tão sagrada missão de colaborar no preparo dos homens de amanhã para o desempenho digno das tarefas de bons cidadãos tenho com certeza, ficado muito abaixo da altura do encargo. Saibam entretanto os senhores estudantes: no decurso de minha atividade nesta nobre Casa tenho envidado sinceros esforços inclusive pela convivência com os mestres, visando desempenhar satisfatoriamente os deveres de professor de direito. Ensinar é arte, cujo aprendizado se aperfeiçoa através de tóda a existência: “Ars longa vita brevis” disse lapidarmente o poeta latino. O aprendizado pois do professor a fiz em boa parte *através* do contacto com os alunos; e neste sentido se muito *aprendi* com meus discípulos espero não ter jamais aprendido *à custa* dêles, em detrimento e prejuízo de sua formação intelectual. Cumpre-me de qualquer modo declarar neste momento aos jovens: procurarei de boa fé esforçar-me sempre mais para fazer da Cátedra de Direito Romano uma sede da qual se irradie constantemente e com profusão cada vez maior aquela sabedoria imperecível dos

antigos que atravessou as idades e continua a nutrir as inteligências voltadas para o conhecimento e a prática da Justiça!

“Com o favor de Deus e o auxílio de meus doutos colegas espero contribuir eficazmente para a formação duma plêiade de jovens romanistas capazes de revigorarem no meio acadêmico brasileiro o interêsse pela ciência de Savigny, Mommsen e Ferrini. Chego dêste modo, à por assim dizer *profissão de fé*.

“O professor de direito deve ser, junto com o magistrado e o político, o *guardião* da Lei e da Justiça. Quer ensinando quer pleiteando cumpre ao jurista preservar intangíveis os supremos princípios da vida moral dando ao homem seu signo distintivo de animal racional, destinado pela Providência Divina a fim superior e único. Por conseguinte acima dos interêsses contingentes e variáveis de cada momento há-de o jurista digno de tal nome respeitar e cultivar os valores permanentes e invariáveis consubstanciados nas leis, subordinando-lhes os interêsses subalternos.

“Da antiga Roma vem-nos o exemplo augusto de Papiniano, príncipe dos jurisconsultos, pagando estoicamente com a vida a recusa de justificar perante o Senado o assassinio de Geta perpetrado pelo irmão dêste, Caracala. “É mais fácil praticar um parricídio do que tentar justificá-lo” respondeu o jurista incorruptível ao imperador tirânico e dêste modo selou com a morte a união indissolúvel que deve existir entre o mais alto saber e o amor indefectível da virtude.

“A humanidade contrita assistiu há poucos dias o falecimento de Churchill, herói da segunda guerra mundial. Onde reside a grandeza dêste ilustre inglês? Acima de tudo, na resistência, acredito, intransigente, extrema, indomável, do sentimento de Liberdade. Opondo-se à Tirania, no sentimento do destino superior do homem exigindo a subordinação dos apetites inferiores.

“Semelhantes exemplos ilustram admiravelmente a por mim chamada *profissão de fé*: devemos, como juristas e sêres humanos transigir sempre mesmo com sacrificio próprio quando se tratar de preservação da paz, da harmonia com o semelhante e da fraternidade; não podemos entretanto, sob pena de nos desvestirmos de nossa dignidade eminente, jamais pactuar com a prepotência, com o cinismo, com a brutalidade, com o desrespeito ostensivo e insolente à Lei, com a usurpação! Em tais ocasiões procuremos fôrças para *resistir* inspirando-nos nos exemplos dados pelos gigantes da história moral da humanidade, recordemo-nos de Papiniano em Roma e de Cícero, dizendo: “Legis servi sumus ut liberi esse possimus”! Repitamos mentalmente os conhecidos versos de Juvenal:

”Summum crede nefas, animam praeferre  
Et propter vitam vivendi perdere causas”,

lembremo-nos de Churchill, em pleno bombardeio de sua terra, ou de qualquer outro Titã, enfrentando monstros; recitemos o Evangelho, preparemo-nos em suma espiritual e moralmente e cumpramos nosso dever fundamental de homens, resistindo quando necessário até à morte contra a Injustiça! Conquistaremos assim nossa *liberdade e dignidade* e mereceremos o título dignificante de Juristas!

“É tempo de terminar: faço-o aqui dirigindo saudação especial a meu eminente colega e amigo professor Washington de Barros Monteiro. Amplamente conhecido nos meios jurídicos do País, o Prof. Washington corresponde bem à figura moral do jurista. Magistrado íntegro e sagaz, ascendeu S. Excia. brilhantemente ao Tribunal de Justiça de S. Paulo, depois de haver com inteligência e honradez exercido a Judicatura no interior; nomeado desembargador veio pouco depois a ocupar por concurso uma das Cadeiras de Direito Civil em nossa Faculdade; ensinava já, aliás, a mesma disciplina na Faculdade Pau-

lista de Direito, onde primeiro o conheci. Justamente estimado pelas qualidades de espírito e de coração tanto por colegas como por estudantes é o Prof. Washington autor de *esplêndido curso de Direito Civil*, abrangendo tôdas as partes de seu programa. A obra embora destinada ao ensino é sempre com proveito consultada também por advogados, professôres e magistrados. Reune assim S. Excia. em sua pessoa a dupla qualidade (característica, aliás, dos juristas romanos) de conhecedor do direito na teoria e na prática. Merecer eu neste momento a distinção de ser saudado e recebido por tão eminente professor só pode encher-me de alegria e orgulho. Apresento a S. Excia. meus efusivos agradecimentos, esperando poder gozar por muitos anos de sua benéfica influência.

“Dirijo também uma palavra especial de agradecimento a diversas pessoas cujo auxilio e assistência me foram de inestimável valor em momento crucial de minha carreira. Refiro-me, em São Paulo ao Dr. Júlio de Mesquita Filho, Diretor do “O Estado de São Paulo” e a seus colaboradores, dentre os quais o Dr. Flávio de Almeida Prado Galvão; aos Drs. Brenno Caramuru Teixeira e Carlos Woge, eminentes advogados; e no Rio de Janeiro ao Dr. Dario de Almeida Magalhães, também ilustre causídico. Estes três profissionais conduziram com êxito o Mandado de Segurança declarando válido no Supremo Tribunal Federal o Concurso à Cátedra de Direito Romano no qual fui classificado por unanimidade em primeiro lugar. Compunha-se a banca examinadora dos ilustres professôres Mario Mazagão e Vicente Ráo, desta Faculdade e dos profs. Mario Neves Batista, Afonço Lages e Sílvio Moreira, respectivamente do Recife, de Belo Horizonte e de Belém do Pará.

“A todos êstes mestres o meu preito de admiração pelo saber jurídico que o País inteiro aliás, lhes reconhece: é para mim motivo de orgulho e incentivo ter merecido o sufrágio unânime de tão notáveis julgadores.

“Desejo externar de público a minha gratidão a tôdas as pessoas aqui citadas, sem esquecer também os colegas como Sérgio Brotero Junqueira, João da Cruz, Vicente de Azevedo, Cândido Procópio Ferreira de Camargo, Severo Gomes, Ruy de Freitas Camargo, e os inúmeros amigos, dentre os quais José Maria Whitaker, Altino Arantes, Francisco de Paula Vicente de Azevedo, Desembargador Juárez Bezerra de Menezes e Zeferino Vaz. Merecem aqui especial menção; em homenagem no “Automóvel Club” quizeram todos, há algum tempo, manifestar-me sua simpatia. Devolhes, graças ao estímulo em mim infundido por seu prestigioso apoio, parte substancial do êxito de hoje. A todos os amigos, pois, presentes e ausentes, minha impercível gratidão!

## Centenário de Professôres.

Comemora-se, neste ano, o centenário de nascimento de mestres desta Faculdade, todos personalidades de tal magnitude, que inscreveram em ouro seus nomes nas tradições acadêmicas.

Refulgiram nas cátedras, na judicatura, nas letras e na política, refratando luzes nas arcadas, que ainda agora se iluminam no sustentáculo do direito, da liberdade e da justiça.

Foram os professôres Uladislau Herculano de Freitas, Jesuino Ubaldo Cardoso de Mello, Ernesto Moura, Luís Barbosa da Gama Cerqueira e José Manuel de Azevedo Marques.

São publicados a seguir resumos biográficos dos homenageados, transcritos do vol. 24-1928 desta *Revista* e completados com anotações coligidas em posteriores trabalhos.

### Dr. Uladislau Herculano de Freitas.

Natural de Arroio Grande, província do Rio Grande do Sul, nasceu aos 25 de novembro de 1865, filho de Rogerio José de Freitas.

Matriculado no primeiro ano da Faculdade de Direito de São Paulo em 1884, recebeu o grau de bacharel em 8 de março de 1889, na mesma Faculdade, pois fêz o quarto ano na Faculdade de Direito de Recife.

Advogado, jornalista e tribuno, fêz longa carreira política, ao lado de Francisco Glycerio, seu sogro.

Proclamada a República, exerceu o cargo de chefe de polícia do Paraná e elaborou as bases da Constituição Política daquele Estado.

Em 1890, foi nomeado lente substituto da Faculdade de Direito de São Paulo, por decreto de 30 de dezembro. Tomou posse e recebeu o grau de doutor em 16 de janeiro de 1891. Por decreto de 21 de março desse mesmo ano, foi nomeado lente catedrático, lecionando a segunda cadeira da primeira série de notariado, da qual tomou posse em 27 de abril daquele ano.

Em 1896 foi eleito deputado estadual e, em 1894, deputado federal por São Paulo. Renunciou o mandato em 1895 e foi eleito senador estadual em 1896.

Nomeado lente catedrático de direito criminal, por decreto de 10 de fevereiro de 1902, passou, por permuta com o Dr. José Mariano Corrêa de Camargo Aranha, a lente catedrático de direito público e constitucional, por decreto de 1 de maio desse ano. Tomou posse em 6 de junho dessa cadeira e nela permaneceu por largo tempo, mas dela constantemente afastado pelos seus deveres políticos.

Em 1910, foi nomeado delegado do Governo Federal no Congresso Jurídico Pan-Americano, reunido em Buenos Aires.

De 11 de agosto de 1913 a 15 de novembro de 1914, exerceu o cargo de ministro da Justiça da presidência Hermes da Fonseca.

Em Congregação de 4 de janeiro de 1915, foi eleito diretor da Faculdade de Direito de São Paulo para o biênio 1915-17, sendo por decreto de 26 de março do mesmo ano nomeado diretor efetivo. Tomou posse a 8 de abril seguinte.

Em 14 de dezembro de 1918, foi nomeado secretário da Justiça e da Segurança Pública do Estado de São Paulo, na presidência Altino Arantes e, então, inaugurou a Penitenciária de São Paulo, estabelecimento modelar, tido como

um dos mais adiantados do mundo, e lançou a pedra fundamental do Palácio da Justiça.

Em 1922, foi eleito senador estadual, e, logo depois deputado federal por São Paulo, tendo sido o relator da reforma constitucional levada a efeito sob a presidência Arthur Bernardes.

Foi posto em disponibilidade no cargo de professor catedrático, por decreto de 29 de agosto de 1925, e, nesse mesmo ano, por decreto de 7 de dezembro de 1925, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal.

Faleceu, no Rio de Janeiro, aos 14 de maio de 1926.

#### **Dr. Jesuino Ubaldo Cardoso de Mello.**

Nasceu em Areias, na província de São Paulo, aos 16 de maio de 1865, filho do Dr. José Joaquim Cardoso de Mello e de D. Emiliana Gomes Guimarães.

Matriculando-se na Faculdade de Direito de São Paulo, seguiu o curso desta até o quarto ano. O quinto ano fê-lo na Faculdade de Direito do Recife, para onde se transferiu e onde se bacharelou, em 1885.

Formado, regressou a São Paulo. Advogou e redigiu A Gazeta do Povo, de que foi redator chefe e proprietário. Dedicou-se à propaganda abolicionista e republicana, assistindo à proclamação da República ao lado de Quintino Bocaiuva e do Marechal Deodoro da Fonseca, de quem era amigo dedicado.

Por decreto de 21 de março de 1891, foi nomeado lente catedrático de direito pátrio constitucional e administrativo, primeira cadeira da primeira série de notariado, da Faculdade de Direito de São Paulo, na qual já havia defendido teses e recebido o grau de doutor, em 1887.

Tomou posse em 27 de abril de 1891 e foi exonerado, a pedido, por decreto de 11 de junho de 1894, merecendo da Congregação um voto de louvor pelos seus serviços.

Foi primeiro delegado auxiliar de São Paulo, na primeira presidência do Dr. Rodrigues Alves e deputado federal por São Paulo de 1903 a 1911. Em 7 de abril de 1913 foi nomeado secretário da presidência da República e, logo depois, ministro do Tribunal de Contas.

Faleceu no Rio de Janeiro a 30 de março de 1950.

### **Dr. Ernesto Moura.**

Filho do Dr. Francisco Honorato de Moura e de D. Ana Balbina de Almeida Moura, nasceu em São Paulo em 1 de novembro de 1865. Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1882 e bacharelou-se em 15 de novembro de 1886.

Por decreto de 1 de agosto de 1891 foi nomeado lente catedrático de Legislação sôbre o direito privado, terceira cadeira da terceira série de ciências sociais, da qual tomou posse em 10 do mesmo mês.

Por decreto de 7 de fevereiro de 1892, foi designado para a cadeira de legislação comparada sôbre o direito privado; extinta esta cadeira, pela reforma de ensino de 1911, foi posto em disponibilidade, pelo decreto de 23 de maio de 1911.

### **Dr. Luiz Barbosa da Gama Cerqueira.**

Filho do conselheiro Francisco Januário da Gama Cerqueira e de D. Luiza de Toledo B. Gama Cerqueira, nasceu a 24 de novembro de 1865, na Paraíba do Sul, então província do Rio de Janeiro.

Matriculado no primeiro ano da Faculdade de Direito de São Paulo em 1882, recebeu o grau de bacharel em 9 de novembro de 1886. Formado foi advogar em São José do Além Paraíba, com seu pai, e, apesar de ser êste chefe

proeminente do Partido Conservador de Minas, e ex-ministro do Império, o Dr. Gama Cerqueira fundou, com outros, o Partido Republicano, de que faziam parte Joaquim Camilo de Brito, Pedro de Toledo e Paulo Fonseca.

Proclamada a República, foi eleito deputado à Constituinte Mineira, e, quando o marechal Deodoro deu golpe de Estado, resignou o mandato, em sinal de protesto. Depois de ocupar vários cargos eletivos em São José de Além Paraíba, veio para São Paulo, onde abriu banca de advogado.

Tendo entrado em concurso, na Faculdade de Direito de São Paulo, para o lugar de lente substituto da sexta secção, direito criminal, foi aprovado, obtendo o primeiro lugar. Nomeado, por decreto de 8 de outubro de 1908, tomou posse em 31 dêsse mês, recebendo o grau de doutor em direito.

Por decreto de 19 de abril de 1911, foi declarado professor extraordinário efetivo da quarta secção, tomando posse a 12 de maio seguinte; e, logo depois, por decreto de 17 de maio do mesmo ano, professor ordinário da cadeira de direito criminal, tomando posse em 30 daquele mês.

Nessa cátedra prelecionou Gama Cerqueira até que eleito deputado federal por São Paulo, abandonou o magistério.

Foi um dos fundadores do partido democrático de São Paulo, representando-o na Câmara dos Deputados Estaduais e como líder da bancada democrática, prestou assinalados serviços a São Paulo.

Mais tarde, pertencendo ao partido Constitucionalista, foi eleito deputado federal por São Paulo e junto à bancada paulista, ocupou sempre o papel de mestre e conselheiro, cuja palavra era sempre ouvida com respeitoso carinho.

Faleceu a 19 de fevereiro de 1936.

**Dr. José Manuel de Azevedo Marques.**

Filho de Joaquim Cândido de Azevedo Marques e de D. Rita de Mello e Azevedo Marques, nasceu em São Paulo aos 19 de fevereiro de 1865.

Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1881 e bacharelou-se em 1886. Promotor público de Batatais, em 1886; juiz municipal do mesmo termo, em 1887; juiz de direito de Franca, em 1890 e de Batatais em 1890; abandonou a magistratura e abriu escritório de advocacia em São Paulo.

Deputado estadual em 1898, eleito, em 1899, deputado federal, fêz parte da Comissão dos Vinte e Um, que estudou o projeto do código civil. Relator do parecer preliminar sobre o plano geral do projeto, da lei preliminar sobre o direito internacional privado e da parte geral sobre pessoas e coisas, desempenhou papel relevante em todos os trabalhos, tanto nas comissões, como no plenário.

Nomeado livre docente, em 22 de março de 1913, foi, logo depois por decreto de 31 de julho de 1913, nomeado professor extraordinário efetivo da sétima secção, tomando posse em 10 de agosto.

Por decreto de 15 de outubro de 1913, foi nomeado professor ordinário da cadeira de teoria e prática do processo criminal, da qual tomou posse em 24 do mesmo mês, sendo, por ato de 24 de agosto de 1916, declarado professor catedrático da mesma.

Ministro das Relações Exteriores de 1 de agosto de 1919 a 15 de novembro de 1922, sob a presidência Eptácio Pessoa, foi, no ano seguinte, eleito presidente do Instituto da Ordem dos Advogados de São Paulo.

Aposentou-se por decreto de 16 de setembro de 1925, tendo sido agraciado posteriormente com o título de professor emérito desta Faculdade.

Faleceu a 24 de maio de 1943.

## BIBLIOGRAFIA.

*Études de Droit Contemporain*, Nouvelle Série, Préface de  
Juliot de la Morandière, Éditions Cujas, Institut de  
Droit Comparé, vol. XXII, 568 páginas.

Parece que, o segrêdo da rápida reconstrução da Europa de após-guerra, e do acelerado ritmo do seu progresso, está no consórcio que alimenta, entre a Técnica e a Cultura.

Desta verdade, se não uma prova cabal, pelo menos veemente indício encontramos no volume em epígrafe, que nos veio às mãos.

Com efeito, é extremamente significativo que, êsses *Études de Droit Contemporain*, sejam, nada mais nada menos, que um dos resultados — e dos mais auspiciosos! — não de uma simples e isolada iniciativa de especialistas encastoados em sua tôrre de marfim, mas do cumprimento de um dos itens do programa — da Exposição Internacional de Bruxelas!

Numa ocasião em que, brilhantemente, a capital da Bélgica polarizava as mais avançadas manifestações do progresso técnico, a mentalidade européia deu mais um testemunho da sua consciência da vida integral, e de como a civilização está a serviço do Homem, e não o Homem a serviço da civilização.

Êstes *Études* enfecham os *rappports français* do conclave que lhes deu azo e que foi exatamente o V Congresso Internacional de Direito Comparado.

Grandes nomes do mundo universitário francês aí aparecem, a começar pelo autor do prefácio, JULIOT DE LA MORANDIÈRE, Deão Honorário da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris e Presidente do Centro Francês de Direito Comparado.

Consta de quatro secções. Na primeira, se trata de Direito Antigo, História do Direito, Direito Canônico, Etnologia Jurídica, Direito Oriental, Filosofia do Direito e Direito Comparado.

Na segunda, de Direito Civil, Internacional Privado, Processo Civil e Direito Rural.

Na terceira, de Direito Comercial, Direitos Intelectuais, Direito do Trabalho e Direito Aéreo.

Na quarta, de Direito Público, Direito Penal e Direito Internacional Público.

Várias coisas nos chamam desde logo a atenção nesta brochura. A primeira é a falta de método na distribuição da matéria, o que se nota com a simples indicação acima feita, e que, acidentalmente embora, desmerece um pouco o padrão francês, no qual nos habituamos a ver o sucessor do espírito de sistema dos mestres romanos.

Mas, posto de lado êsse pequeno senão, tudo mais faz com que se considere êste um excelente volume, podemos dizer, de consulta obrigatória, para se aquilatar o estágio atual da ciência jurídica francesa.

Chamaram-nos particular atenção os estudos de Direito Antigo, de Etnologia Jurídica, de Direito Comparado e de Direito Civil.

Dêstes, ressaltam especialmente as contribuições de EMILE SZLECHTER sôbre *A Propriedade Territorial Privada, no Antigo Direito Mesopotâmico* e de COLETTE SAUJOT, a respeito das *Tendências da Legislação e da Jurisprudência Modernas sôbre a Igualização da Condição Jurídica dos Cônjuges*.

A primeira constitui uma importante comunicação num dos setores mais fascinantes da Ciência do Direito: a Arqueologia Jurídica. Manuseando os textos traduzidos das tabuinhas das bibliotecas mesopotâmicas, o autor se revela um especialista de prol, cujo exemplo bem poderia ser imitado pelos nossos estudiosos. Quanto ao conteúdo do trabalho, é importante notar sobretudo a conclusão da página 11, onde se assinala o seguinte: 1. a existência de grandes propriedades pertencentes aos templos; 2. a existência, desde a origem, da pequena propriedade individual; 3. a formação progressiva da propriedade territorial privada, pela posse da terra ou pelo arrendamento perpétuo. O assunto cresce em importância quando se considera que concerne ao 3.º milênio antes de Cristo.

Por sua vez, a tese de COLETTE SAUJOT é das mais auspiciosas. Com efeito, apraz-nos ler, nesta época em que campeia um falso feminismo, o depoimento dessa ilustre jurista, Doutor em Direito e Assistente da Faculdade de Paris, para quem “il est souhaitable que le mari reste chef de la famille et garde un pouvoir de direction du ménage” Na mesma linha de idéias “en cas de désaccord il est bon que l’un des époux puisse imposer sa volonté sans qu’un recours au juge soit nécessaire”. (p. 22).

Importante subsídio, êste, para os nossos legisladores, os quais, ao elaborarem o nôvo estatuto da mulher casada, foram buscar no modelo francês certos elementos que nem mesmo na França conta com o beneplácito de muitos juristas de escol.

R. LIMONGI FRANÇA.

## Í N D I C E.

### HOMENAGENS.

|   |    |
|---|----|
| Prof. Dr. Basileu Garcia .....                  | 9  |
| Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira ..... | 15 |

### IN MEMORIAM.

|  |    |
|--|----|
| Prof. Dr. Spencer Vampré .....                     | 25 |
| Prof. Dr. Waldemar Martins Ferreira .....          | 48 |
| Prof. Dr. Antônio de Sampaio Doria .....           | 68 |
| Prof. Dr. José Joaquim Cardozo de Mello Neto ..... | 84 |

### DOCTRINA.

|  |     |
|--|-----|
| Os pactos Sucessórios na História do Direito Português — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....      | 93  |
| Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas — <b>Haroldo Valladão</b> .....                        | 121 |
| Preservação da Liberdade no Ante-Projeto do Código de Processo Penal — <b>Basileu Garcia</b> ..... | 132 |
| Da Ação de Reivindicação — <b>Washington de Barros Monteiro</b> ....                               | 148 |
| Tipicidade e Atipicidade nos Atos Administrativos — <b>Fernando Henrique M. de Almeida</b> .....   | 165 |
| A Assistência nas Ordenações do Reino — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....                          | 172 |
| Bitributação — <b>Geraldo Ataliba</b> .....  | 195 |
| Importância e Atualidade do Direito Romano — <b>Rubens Limongi França</b> .....                    | 206 |
| Fundações de Direito Público — <b>José Cretella Júnior</b> .....                                   | 222 |
| Sobre Cesare Beccaria — <b>Luís Luisi</b> .....  | 236 |
| Trabalho: Direito ou Dever? — <b>Marly A. Cardone</b> .....  | 246 |

**DISCURSOS E CONFERÊNCIAS.**

|   |     |
|---|-----|
| Discurso do Autor pronunciado no Tribunal de Alçada da Guanabara, ao receber a Cruz do Mérito Judiciário no dia da Justiça — <b>Cândido Mota Filho.</b> ..... | 287 |
| O meu Dante — <b>Miguel Reale</b> .....   | 293 |
| Por quê, ainda, o Abôrto Terapêutico? — <b>J. B. de Oliveira e Costa Júnior</b> .....   | 312 |

**CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.**

|  |     |
|--|-----|
| Doutoramento «Honoris Causa» do Prof. Dr. Guilherme Braga da Cruz .....  | 331 |
| Outorga do Prêmio «Moinho Santista» ao Prof. Dr. Miguel Reale .....  | 345 |
| Novo Titular da Cátedra de Direito Romano, Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia .....   | 370 |
| Centenário de nascimento dos professôres Ulasdilau Herculano de Freitas, Jesuino Ubaldino Cardoso de Mello, Ernesto Moura, Luiz Barbosa da Gama Cerqueira e José Manuel de Azevedo Marques ..... | 383 |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....  | 389 |

# I N D E X.

## HOMMAGES.

|   |    |
|---|----|
| Prof. Dr. Basileu Garcia .....                  | 9  |
| Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira ..... | 15 |

## IN MEMORIAM.

|  |    |
|--|----|
| Prof. Dr. Spencer Vampré .....                     | 25 |
| Prof. Dr. Waldemar Martins Ferreira. ....          | 48 |
| Prof. Dr. Antônio de Sampaio Dória .....           | 68 |
| Prof. Dr. José Joaquim Cardozo de Mello Neto. .... | 84 |

## DOCTRINE.

|  |     |
|--|-----|
| Les pactes successoraux dans l'histoire du droit portugais — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....                  | 93  |
| La loi générale d'application des normes juridiques — <b>Haroldo Valladão</b> .....                                | 121 |
| La préservation de la liberté dans la première rédaction du code de procédure pénale — <b>Basileu Garcia</b> ..... | 132 |
| L'action de revindication — <b>Washington de Barros Monteiro</b> ....  | 148 |
| Actes administratifs typiques et non typiques — <b>Fernando Henrique Mendes de Almeida</b> .....                   | 165 |
| L'assistance dans les «Ordenações do Reino» — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....                                    | 172 |
| Le double impôt. — <b>Geraldo Ataliba</b> .....  | 195 |
| Importance et actualité du droit romain — <b>Rubens Limonge França</b>   | 206 |
| Les fondations de droit public — <b>José Cretella Júnior</b> .....   | 222 |
| A propos de Cesare Beccaria — <b>Luís Luisi</b> .....  | 236 |
| Travail: droit ou devoir? — <b>Marly A. Cordone</b> .....  | 246 |

**DISCOURS ET CONFÉRENCES.**

|  |     |
|--|-----|
| Discours prononcé par l'auteur dans le Tribunal de Alçada de Guanabara quand on lui a décerné la croix de mérite judiciaire, le jour de la justice — <b>Cândido Mota Filho</b> ..... | 287 |
| Mon Dante — <b>Miguel Reale</b> .....  | 293 |
| Pourquoi, une fois encore, l'avorton thérapeutique? — <b>J. B. de Oliveira e Costa Júnior</b> .....  | 312 |

**CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.**

|  |     |
|--|-----|
| Mr. le professeur Guilherme Braga da Cruz devient docteur honoris causa .....  | 331 |
| Mr. le professeur Miguel Reale est décerné le prix Moinho Santista .....   | 345 |
| Le nouveau professeur de droit romain, Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia .....   | 370 |
| Le centenaire de naissance des professeurs Uladislau Herculano de Freitas, Jesuino Ubaldo Cardozo de Mello, Ernesto Moura, Luís Barbosa da Gama Cerqueira e Manuel José de Azevedo Marques ..... | 382 |
| <b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....   | 389 |

## TABLE OF CONTENTS.

### HOMAGE.

|   |    |
|---|----|
| Prof. Dr. Basileu Garcia .....                  | 9  |
| Prof. Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira ..... | 15 |

### IN MEMORIAM.

|  |    |
|--|----|
| Prof. Dr. Spencer Vampré .....                     | 25 |
| Prof. Dr. Waldemar Martins Ferreira .....          | 48 |
| Prof. Dr. Antonio de Sampaio Dória .....           | 68 |
| Prof. Dr. José Joaquim Cardoso de Mello Neto ..... | 84 |

### DOCTRINE.

|  |     |
|--|-----|
| The law of succession in the history of Portuguese law — <b>Guilherme Braga da Cruz</b> .....                | 93  |
| The general law of application of juridical laws — <b>Haroldo Valladão</b> .....                             | 121 |
| The preservation of liberty in the ante-project of the penal code of procedure — <b>Basileu Garcia</b> ..... | 132 |
| The action of revindication — <b>Washington de Barros Monteiro</b> ..  | 148 |
| Typical and non-typical administrative acts — <b>Fernando Henrique M. de Almeida</b> .....                   | 165 |
| The assistance in the «Ordenações do Reino» — <b>Moacyr Lobo da Costa</b> .....                              | 172 |
| The payment of two tributes to the State — <b>Geraldo Ataliba</b> ....                                       | 195 |
| The importance and actuality of Roman law — <b>Rubens Limonge França</b> .....                               | 206 |
| The foundations in public law — <b>José Cretella Júnior</b> .....  | 222 |
| About Cesare Beccaria — <b>Luis Luisi</b> .....  | 236 |
| Work: right or duty? — <b>Marly A. Cardone</b> .....   | 246 |

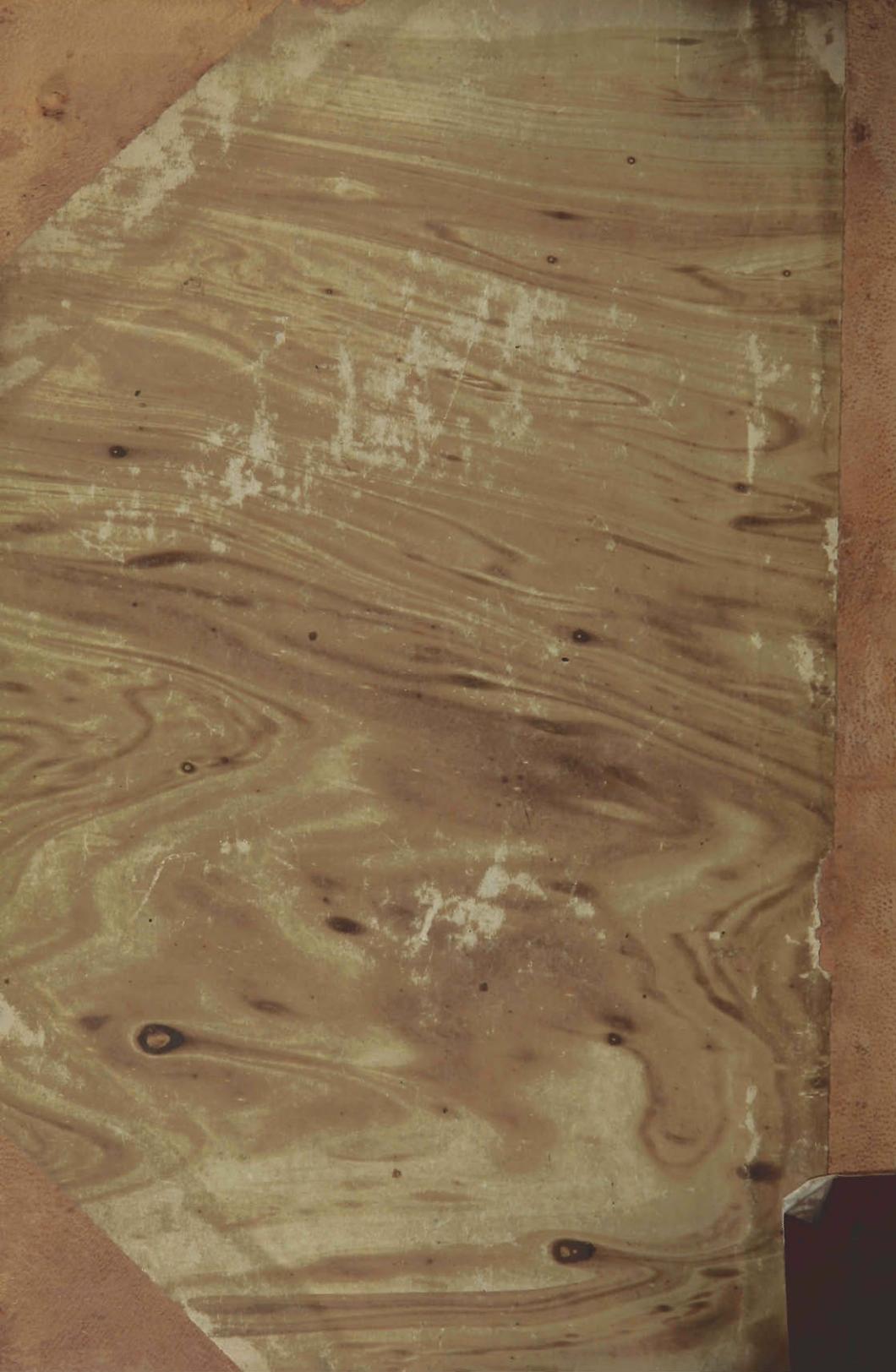
**SPEECHES AND LECTURES.**

|  |     |
|--|-----|
| Speech of the author made at the Tribunal de Alçada of Guanabara, when he was decorated with the cross of judiciary merit, in the day of justice — <b>Cândido Mota Filho</b> ..... | 287 |
| <b>My Dante — Miguel Reale</b> .....   | 293 |
| Why, once again, the therapeutic abortion? — <b>J. B. de Oliveira e Costa Júnior</b> .....   | 312 |

**UNIVERSITY CHRONICLE.**

|   |     |
|---|-----|
| The doctoring honoris causa of prof. Guilherme Braga da Cruz ..   | 331 |
| Professor Doctor Miguel Reale is given «Moinho Santista» prize ..   | 345 |
| The new professor of Roman law, Dr. Alexandre Augusto de Castro Correia .....   | 370 |
| The centenary of birth of professors Uasdilau Herculano de Freitas, Jesuino Ubaldo Cardoso de Mello, Ernesto Moura, Luís Barbosa da Gama Cerqueira e Manuel José de Azevedo Marques ..... | 383 |
| <b>BIBLIOGRAPHY</b> .....   | 389 |





## 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)).