REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
PÔRTO ALEGRE

Reitor Magnífico da Universidade do Rio Grande do Sul:

Prof. Alexandre Martins da Rosa

Diretor da Faculdade de Direito:

Prof. José Salgado Martins

Armando Pereira da Câmara — Catedrático — Introdução à Ciência do Direito (1.º ano). — Filosofia do Direito (5.º ano).

Darcy Pereira de Azambuja — Catedrático — Teoria Geral do Estado (1.º ano). Direito Constitucional (2.º ano).

Ely Costa — Catedrático Interino — Economia Política (1.º ano).

Elpídio Ferreira Paes — Catedrático — Direito Romano (1.º ano).

Edgar Luiz Schneider — Catedrático — Ciência das Finanças (2.º ano).

José Salgado Martins — Catedrático — Direito Penal (2.º ano e 3.º ano).

Oswaldo Caminha — Catedrático — Direito Civil (2.º ano e 3.º ano).

Amadeu Fagundes de Oliveira Freitas — Catedrático — Direito Público Internacional (3.º ano).

Hernani Estrela — Catedrático — Direito Comercial (3.º ano e 4.º ano).

Armando Dias de Azevedo — Catedrático — Direito Civil (4.º ano e 5.º ano).

Carlos Pitta Pinheiro — Catedrático — Medicina Legal (4.º ano).

Dario de Bittencourt — Livre-Docente — Direito Industrial e Legislação do Trabalho (4.º ano).

Eloy José da Rocha (*) — Catedrático — Direito Industrial e Legislação do Trabalho (4.º ano).

Vicente Marques Santiago — Catedrático — Direito Judiciário Civil (4º e 5º ano).

Francisco José Simch Junior — Catedrático — Direito Judiciário Penal (5.º ano).

João Bonumá — Catedrático — Direito Judiciário Civil (4.º e 5.º ano).

Ney da Silva Wiedemann — Catedrático — Direito Internacional Privado (5.º ano).

Ruy Cirne Lima — Catedrático — Direito Administrativo e Ciência da Administração (5.º ano).

*

Secretário da Faculdade — **Dr. Euclydes Henriques de Castro**

(*) O Professor Catedrático Eloy José da Rocha, se acha afastado da cátedra, exercendo o cargo de Secretário de Educação e Cultura.

Universidade do Rio Grande do Sul

Revista da Faculdade de Direito

de

PÔRTO ALEGRE

1949

ANO I N.º 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE PÔRTO ALEGRE

COMISSÃO DE REDAÇÃO:

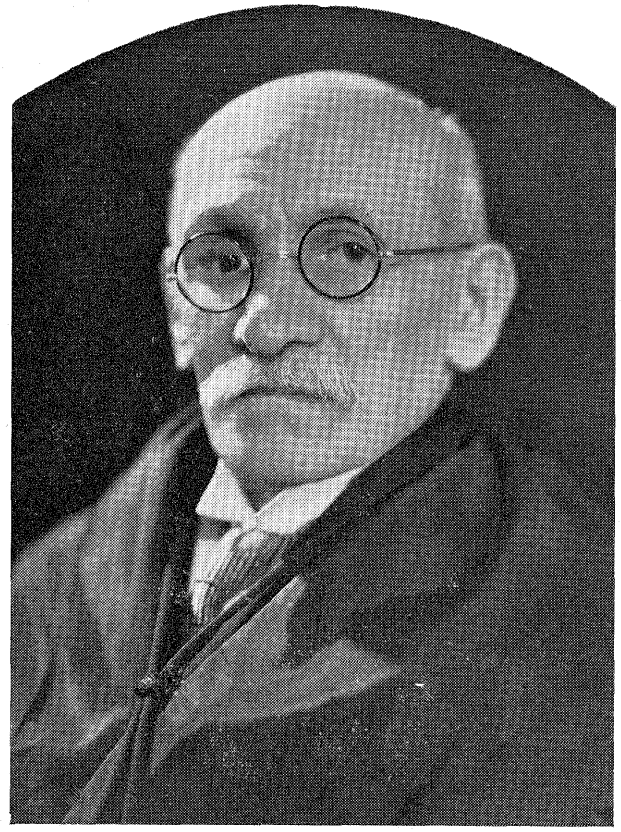
Prof. Darcy Azambuja
Prof. Ruy Cirne Lima
Prof. Edgar Schneider

SECRETÁRIO DA REDAÇÃO:

Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto

Tôda a correspondência relativa à "Revista" deve ser dirigida à Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Av. João Pessôa — Pôrto Alegre

HOMENAGEM DA FACULDADE DE DIREITO



ANDRÉ DA ROCHA

* 1860 † 1942.

Diretor da Faculdade — 1904 a 1936.
1.º Reitor Magnífico da Universidade — 1934 a 1937.

íNDICE

Apresentação 7
Rui Barbosa 9

OSWALDO ARANHA
Entre a Paz e a Guerra 12

BORGES DE MEDEIROS
O Ensino Livre no Rio Grande do Sul 34

APARICIO MENDEZ
La Teoria Del Órgano 37

JOÃO AMORIM DE ALBUQUERQUE
Controvérsia Antiga 69

ELPÍDIO F. PAES
Alforria e Liberdade 84

ORLANDO DA CUNHA CARLOS
Sôbre Direitos de Vizinhança 108

DARCY AZAMBUJA
Ligeiros Reparos à Teoria de Duguit 114

JOSÉ SALGADO MARTINS
O Júri e a Sua Competência fixada pela Constituição 121

RUY CIRNE LIMA
Dois Problemas Constitucionais 135

HERNANI ESTRELLA
Uma Lição de Rui 145

EDGAR LUIZ SCHNEIDER
Discurso do Paraninfo 150

ARMANDO DIAS DE AZEVEDO
Joaquim Nabuco 158

AMADEU DE OLIVEIRA FREITAS
O Instante Sócio-Político e as "Instituições" de Oliveira Viana 172

PAULO BARBOSA LESSA
Considerações sôbre As Vendas Mercantis para Consumo e sôbre a chamada Ação de Garantia 178

PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO
Presidencialismo e Parlamentarismo na Ideologia de Rui Barbosa .. 186

LUÍS LOPES PALMEIRO
Causas Econômicas na Produção do Crime 228

WERTER FARIA
Joaquim Nabuco 252

COMENTÁRIO BIBLIOGRÁFICO 255
NOTÍCIAS UNIVERSITÁRIAS 260

APRESENTAÇÃO

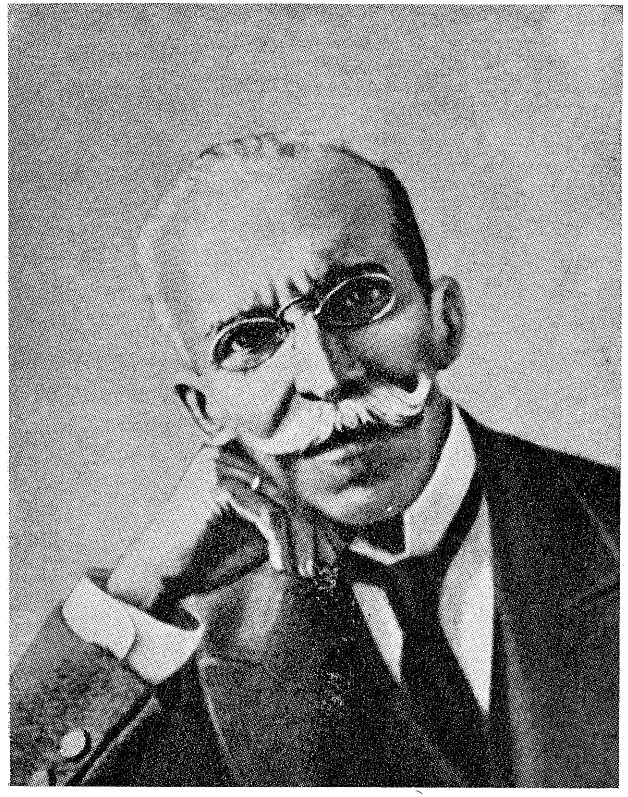
Dificilmente, libertamo-nos de todo dos hábitos que a tradição impõe. E, no que tange a publicações dêste gênero, constitui norma consuetudinária o artigo de apresentação, onde se consignam as promessas e as esperanças, os objetivos e os votos de alcançá-los, pela consagração a princípios que inspiram e orientam os seus animadores.

Aparece, com êste exemplar, a Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

O seu simples aparecimento material dispensaria, talvez, esta nota elucidativa. Porque uma revista que surge, como órgão de uma Faculdade de Direito, já pressupõe um programa de princípios e de ação, imanente à própria causa que o ensino jurídico deve consagrar e apostolizar.

Esta revista almeja sòmente constituir um espelho dos ideais de cultura que animam o magistério jurídico riograndense, profundamente convencido de que lhe cabe parcela não pequena de responsabilidade, na dignificação da vida cívica do Estado e na sadia orientação das novas gerações estudiosas, pelo sentimento de respeito ao Direito e à Lei.

Colimando êsses ideais, constituirá, por certo, um permanente registro das elucubrações do pensamento e da doutrina jurídicos, em elaboração na serenidade da cátedra, na paixão do fôro, na discrição dos gabinetes.



RUI BARBOSA

* 5 - XI - 1849 † 1.º - III - 1923

RUI BARBOSA

A 5 de novembro dêste ano, a nação brasileira comemora, comovidamente, o centenário do nascimento de Rui Barbosa.

Personalidade verdadeiramente privilegiada, por qualquer das inúmeras facêtas por que se a contemple, esplende na magnificência de dotes peregrinos, realçada na mais pura glória da imortalidade.

Orador, jurisconsulto, advogado, político, cidadão do país e do mundo, Rui Barbosa em tudo exalçou e primou o portentoso talento.

Dos últimos anos do império aos dois primeiros decênios da república, as mais legítimas reivindicações nacionais, no campo da política e do direito, encontraram no insigne baiano o seu máximo polarizador, o seu estrênuo e inexcedível apóstolo.

Sob o regime monárquico, combateu o poder pessoal do imperador, constituindo-se o paladino do princípio democrático que haveria de esplender e frutecer no ideal republicano.

Desde a mocidade acadêmica, evangelizou a abolição imediata, casando a sua voz predestinada às ressonâncias olímpicas de Castro Alves e Joaquim Nabuco.

Serviu à monárquia parlamentar, até o momento da sua queda, mas aceitou a república, porque aprendera com os autores inglêses "a não ter preferências abstratas em matéria de formas de govêrno, a ver que as Monarquias nominais podem ser de fato as melhores Repúblicas e que, na realidade, as Repúblicas aparentes são muitas vêzes as piores tiranias."

Instituído o regime republicano, Rui, como membro do Govêrno Provisório, exerceu decisiva influência na estruturação jurídica do Estado, plasmando-lhe as diretrizes fundamentais, através do projeto oficial da Constituição, que transplantou para o Brasil o modêlo presidencial norte-americano.

Se sofreu o projeto modificações na Constituinte, o seu arcabouço permaneceu íntegro, constituído nas suas linhas essenciais pelo gênio político do grande estadista. Foi, no juízo do insigne

Snr. Borges de Medeiros, o último sobrevivente da primeira Constituinte republicana, o arquiteto máximo da Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

Além do papel singular que desempenhou na modelagem política do novo regime, a ação de Rui se fêz sentir, sem desfalecimentos, na legislação que completou a organização jurídica do país.

Não houve setor da vida nacional a que se não estendesse o apostolado do exímio e incansável lidador.

A reorganização do ensino, a reforma de nossa estrutura financeira, a reforma da legislação civil, obra ciclópica que já fizera de Teixeira de Freitas o seu grande e luminoso mártir, encontram ainda, na atividade vigilante e na soberba cultura de Rui, as suas expressões definitivas.

Sem desmerecer o extraordinário valor de Clóvis Beviláqua, o imortal criador do Código Civil, monumento legislativo que atestará para sempre o vigor do seu talento e a sua insigne clarividência jurídica, é forçoso reconhecer que de muitas imperfeições, no fundo e na forma, não se teria êle, talvez, expungido, se não fôra a crítica do grande jurisconsulto, através do monumental parecer que exarou no Senado.

Na Câmara Alta da República, que elevou à condição de Areópago supremo da vida nacional, Rui foi, durante tôda a sua vida, a figura máxima de todos os movimentos de opinião em que se condensaram as aspirações populares.

Mas a sua personalidade haveria de assumir a expressão culminante da sua grandeza, quando lhe coube representar o Brasil no Conselho das Nações.

Rui Barbosa encarnou, nesse instante, o sentimento de fraternidade e de justiça não só de seu país, mas de todo o mundo civilizado, que passou a ver no representante brasileiro o evangelizador dos mais altos ideais de redenção e de paz, fundados no reconhecimento da igualdade jurídica das nações e na instituição da arbitragem, como a fórmula da cultura contra a barbárie, na solução dos dissídios internacionais.

Na data do centenário de seu nascimento, cumpre evocar a Rui Barbosa como o nume tutelar da cultura e da civilização brasileiras, nas expressões mais exatas das suas virtudes e da sua grandeza.

Ante a sua egrégia memória, curvamo-nos reverentes, recordando aquêle que, sem jamais ter ocupado uma cátedra no magistério jurídico, foi o máximo professor de direito, o mestre dos mestres, doutrinando estudantes e professôres, advogados e juízes, cidadãos de tôdas as classes e políticos de tôdas as correntes, construindo tôda a sistemática constitucional brasileira e estabelecendo os princípios e as regras supremas do nosso direito, mercê dos quais êste se transformava, no dizer de Pedro Lessa, em fator de progresso, de liberdade e de justiça.

Declinando do oferecimento que lhe fôra feito para escolher a cadeira que lhe aprouvesse entre o corpo docente de duas Faculdades, Rui prestou a mais alta homenagem que possa merecer o magistério jurídico, dizendo, na delicadeza dos seus sentimentos, que se lhe afiguravam excessivos para as suas fôrças os encargos do magistério superior.

ENTRE A PAZ E A GUERRA

Oswaldo Aranha

Antes de pronunciar a conferência abaixo publicada, o Sr. Oswaldo Aranha foi saudado pelo diretor da Faculdade, prof. José Salgado Martins, que lhe dirigiu esta oração:

"A vossa presença, sr. embaixador OSWALDO ARANHA, nesta Casa onde se ensina o Direito, assume marcante significação, na hora crucial que vive o mundo.

As vossas atitudes e a vossa palavra, imantadas de superior idealismo, constituem uma perene mensagem de paz e de confiança na civilização e na cultura, como fôrças harmonizadoras dos conflitos humanos que amarguram a nossa época e explicam as dolorosas contradições da sua experiência política, econômica e social.

Entre essas fôrças superadoras das antíteses contemporâneas, está o Direito em cuja estrutura dinâmica todos os interêsses legítimos e todos os autênticos valores do espírito podem e devem abrigar-se à sombra da sanção reabilitadora.

O processo histórico da cultura, — disse-o um dos filósofos do nosso tempo, — é um processo essencialmente espiritual. As suas fôrças propulsoras, por assim dizer, são constituídas por conteudos espirituais, por ideais, por valores. Mas tudo depende da natureza e da índole dêsses valores. E, por isso, no próprio processo de sua realização, surge o momento trágico da cultura, quando o dizer sim *a certo valor importa necessàriamente no dizer* não *ao valor que lhe é oposto.*

No campo do Direito, essa polaridade inerente ao mun-

do dos valores se manifesta com singular energia, porque a coerção da norma jurídica deve ser uma realidade ordenadora da vida para a realização do seu destino social, cujo escopo é o bem comum, e tudo que se opõe a êsse escopo deve ser renegado.

Valores religiosos, éticos, políticos, econômicos, estéticos, sociais, enfim, inspiram a tôda a estrutura jurídica, presidem ao seu ritmo, regulam o seu desenvolvimento e tornam-se consubstanciais ao seu dinamismo operante.

Instituindo um clima vitalizador onde êles possam afirmar-se vitoriosamente, a paz, a autêntica paz, cristã e democrática, fruto de uma concepção integral do homem e ao mesmo tempo ordenação moral e jurídica, é o mais alto valor social, pedra angular da cultura, do progresso, do sonho de aperfeiçoamento que seduz a povos e nações.

Porque sois, sr. OSWALDO ARANHA, um dos apóstolos dessa paz autêntica, reconciliadora do homem com os seus destinos de ser espiritual e livre e com a sua condição de criador de cultura e de valores, vós estais em vossa própria casa, semeando o próprio campo e colhendo na própria seara.

Não sois por outro lado um estranho ou um peregrino de fascinante ideal que nos visite e nos fale pela primeira vez.

Os rio-grandenses vos conhecem, admiram e estimam como o paladino das melhores causas em que já se empenhou e ainda há de empenhar-se o patriciado moral do Rio Grande do Sul.

Vós o dissestes em momento solene, quando a sociedade desta capital, sem distinções de classes e de côres partidárias, vos tributava homenagens excepcionais: "A minha vida é uma experiência gaúcha.. As constantes da minha origem natal dominaram tôda uma existência que tenho vivido entre os altos e baixos das mais responsáveis funções no país e no mundo, algumas delas já históricas."

Nessa fidelidade às origens reside uma das notas mais sedutoras da vossa eminente personalidade. Homem que assimilou o espírito do mundo, mercê de uma convivência com idéias e homens dos mais diferentes quadrantes do globo, não perdeu, no entanto, o sentido profundo da terra e da gente rio-grandenses, cujos ímpetos, fôrça e nobreza repontam no temperamento de um autêntico filho

da campanha gaúcha, cujas várzeas e coxilhas já sentiram o galope do seu flete ágil, na vertigem das califórnias ou dos entreveros, ou nas cargas de cavalaria da sua mocidade romântica e impetuosa.

Mesmo naqueles momentos de lutas fratricidas que punge ao coração recordar, Oswaldo Aranha se singularizava, não só pelo espírito de sacrifício que sublimava o heroísmo, mas pelo pensamento e pelo idealismo que presidiam a sua ação política.

Naquele período de tão confinadas fronteiras partidárias, a sua personalidade já transcendia o seu partido e suscitava simpatias e aplausos nas outras correntes onde também se exercia a atividade cívica dos rio-grandenses. Porque sabe compreender e conciliar, o destino político de Oswaldo Aranha tem sido o de unir e fraternizar fôrças, idéias e criaturas que antes se situavam em antagonismos intransigentes.

Foi êsse insigne patriota quem mais contribuiu pela inteligência e pelo coração para promover a unidade política do Rio Grande antes de Trinta, e talvez a sua vocação de unificador possa ainda operar novos milagres cívicos, mercê de Deus e da nobreza e generosidade dos rio-grandenses.

Tão insignes as qualidades dêsse grande cidadão da América e do mundo que outros cenários e outros problemas, desta vez com as dimensões do orbe civilizado, solicitaram a sua inteligência, cultura e operosidade, e a Assembléia das Nações Unidas o colocou, por duas vêzes, no pôsto mais alto da sua hierarquia política, na presidência do organismo internacional, conquistando assim Oswaldo Aranha para o Brasil a glória mais pura que um país livre pode aspirar: exercer através de seus grandes filhos uma sensível ascendência moral nos destinos do mundo que nasce para a paz das convulsões recentes da guerra.

Êle que fôra, como chanceler do Brasil, durante o conflito mundial, o fiador do espírito democrático do nosso povo, tornou-se, no plenário das Nações Unidas, o expoente mais alto da consciência democrática da América, na extraordinária tarefa de presidir a assembléia dos povos, contagiando-a com o élan *do seu espírito criador.*

Na orografia política do Brasil, Oswaldo Aranha é um dos cimos mais altos, donde se descortinam panoramas ensolarados.

Êle é um exemplo de espírito público, de vocação para as grandes causas do país e da humanidade, é a encarnação dos ideais de redenção do homem pela liberdade e pela cultura, é uma floração de inteligência, no meio das urzes e dos espinhos que sinalam os rudes caminhos políticos do mundo.

A matéria-prima, com que trabalha em política, não se constitui dos episódios de corrilhos, das lutas de campanário, do jôgo dos interêsses imediatos. São as grandes idéias sadias e construtoras, o entusiasmo sagrado, a generosidade que redime, a compreensão que exalta, os ideais que libertam e arremessam os homens e os povos para os seus verdadeiros destinos.

Êle pertence à estirpe política dos Nabucos e dos Ruys, dos Churchills e dos Roosevelts, dêsses titãs da arte e da ciência políticas, capazes de transfundir no espírito da nação a fôrça dos ideais que encarnam e capazes de, com o exemplo e a palavra, arrastar as multidões para os movimentos sísmicos da opinião que se perpetuam na história dos povos.

Senhor OSWALDO ARANHA:

Os títulos que conquistastes, a influência que o vosso pensamento e os vossos gestos exercem sôbre a opinião culta da América e do mundo, a experiência política que o vosso espírito acrisolou, assinalam para a vossa personalidade um lugar de relêvo ímpar entre os seus compatrícios.

A vossa presença nesta Casa é ainda a expressão da fidelidade às idéias matrizes da vossa vida e do vosso apostolado militante.

Com a vocação para descobrir a unidade substancial e a identidade profunda entre os homens de uma mesma nação, entre as nações de um mesmo continente ou entre os continentes de um mesmo mundo, vós sempre operastes com o instrumento do Direito que é o sentimento do justo aplicado à solução dos dissídios sociais do homem.

Com efeito, a paz só será duradoura e fecunda quando encontrar na normatividade jurídica a proteção eficaz àqueles valores consubstanciais, ao espírito do homem e à sua eminente dignidade como criatura de Deus e não como criatura do Estado, da raça ou da classe, ser mutilado e incompleto, simples animal político ou econômico.

Por isso, será nas escolas onde se preleciona o Direito que os apóstolos da paz, como vós, poderão recrutar os legionários da sublime jornada. Só pelo profundo sentimento do Direito e pela extensão de uma consciência jurídica mais viva no mundo atual, poderemos salvar a humanidade, pela afirmação plena e pela defesa dos valores que darão sentido a um novo humanismo.

Sr. OSWALDO ARANHA:

Regressastes do interior do Rio Grande, depois de rever a vossa cidade natal, a histórica Alegrete, onde recolhestes, nas consagrações populares, a medida do afeto e da admiração que mereceis daquele povo. Lá, naquele município fronteiro, pulsa ainda bem vivo o sentimento tradicional do Rio Grande e, a despeito de tôdas as injustiças do nosso tempo, o homem rio-grandense ainda se afirma com as características definidoras de um tipo singular, entre os outros grupos demográficos do Brasil.

Vós sois um dos exemplares dêsse tipo magnífico de campeador generoso que tudo sacrifica pelo ideal e pela fé na sua causa.

Sr. OSWALDO ARANHA:

Se ao Brasil já servistes em horas difíceis, prestando-lhe os mais assinalados benefícios, mais ainda êle espera do seu grande chanceler e do seu excelso embaixador, nos dias também difíceis em que retoma a experiência democrática e restitui novamente ao povo as prerrogativas de constituir o seu próprio govêrno.

Saudando o sr. Oswaldo Aranha e agradecendo-lhe a honra que concedeu a esta Faculdade, sei que o faço a um dos vultos mais insignes da minha pátria, credor do nosso afeto e da nossa admiração, portador dos títulos mais nobres a que um homem pode aspirar.

*

ENTRE A PAZ E A GUERRA

Esta não é uma conferência.

Entre o honroso convite para falar nesta tradicional Escola e êste momento, vivi, em minha terra natal, horas de tal emoção, que não me restou tempo nem mesmo tranqüilidade para pensar e menos ainda para escrever. É esta uma simples tentativa, desalinhavada e

ditada, para, com a vossa cooperação, procurarmos juntos entender o mundo em que vivemos desentendidos homens e povos.

Não é também um discurso nem uma preleção. É um esbôço do meu próprio debate, íntimo e de consciência, a fim de permitir-nos, srs. professôres e acadêmicos, o exame de uma situação que é vossa, como é minha, porque estamos vivendo num mundo de cujo destino não nos poderemos separar.

A situação mundial é, pois, a realidade de que nos devemos ocupar. Proponho-me a expor minhas impressões como viajante que, após fazer a volta ao mundo, reduz a algumas considerações, linhas ou páginas, as regiões e as distâncias percorridas. Será uma conversa em tom familiar, a nossa, esta noite, sôbre a nossa família, que é, hoje, a família humana.

CALENDÁRIO E GEOGRAFIA

Começarei por dizer-vos que para boa compreensão da situação mundial precisaríamos rever nossos conhecimentos de História e de Geografia. Dividimos o tempo pelo calendário, mas nem por isso o tempo é divisível. Êle transcorre indiferente às nossas ficções. Nós o contamos por dias, semanas, meses e anos, e chegamos mesmo às medidas audaciosas das épocas, dos séculos e milênios. Tudo isso é uma ilusão, necessária e talvez prática, mas sem expressão real. A vida mesma nasce, transcorre e finda, sem se ater a essa regulamentação artificial a que ilusòriamente pretendemos sujeitá-la. A História é tempo, e, como tal, não é antiga nem medieval, e menos ainda moderna. É vida e, portanto, eternidade indivisível, que não se compadece nem com o aspecto efêmero de nossa existência nem com a ficção de nossas fórmulas.

O meu objetivo com essa digressão é apenas mostrar que, como a noção de tempo, o conhecimento da História e o da própria Geografia, tal como nos ensinaram, não ajuda, antes perturba a visão real do mundo e de seus problemas.

A Europa, por exemplo, é uma convenção. Não corresponde a uma realidade; é uma falsa idéia, adquirida como muitas outras que, infelizmente, presidem à interpretação da vida atual. E, se houvesse dúvida sôbre a minha afirmação, perguntaria eu agora onde termina e mesmo onde começa a chamada Europa.

Falamos dela e articulamos todos os nossos raciocínios sôbre a base absolutamente errônea de uma unidade continental, de uma entidade mundial independente, mera criação nossa. A terra é uma só, mesmo porque os espaços terrestres, marítimos, e hoje os aéreos, se fundem no destino do homem como no dos povos.

A consciência da unidade geopolítica do mundo é a base mesma

da nossa sobrevivência, pois estão certos os que atribuem à "ignorância da geografia mundial" os erros e crimes do século XX.

Mas, esta unidade não foi alcançada, e o predomínio da idéia fracionária, permitindo a cada povo uma concepção diversa da geografia de outro povo, como de regiões e de continentes, trouxe a confusão do nacionalismo, do isolacionismo e do próprio imperialismo, causa dos conflitos do nosso tempo.

É fora de dúvida, pois, que a estratégia política democrática, especialmente a americana, moldou-se numa concepção geográfica errada, — como acentuou Weigert, — ao desprezar a lição de Bonaparte de que "a Geografia deve governar a política das nações".

Esta foi a razão pela qual um grande sociólogo do nosso tempo — Reves — afirmou que, vivendo na era de Copérnico, insistem os homens e os povos em raciocinar como Ptolomeu, segundo suas hipóteses e concepções.

As últimas guerras vieram confirmar não só a unidade política mundial como o êrro de procurarmos dividir a Europa da Ásia e estas da África e da América, suas verdadeiras penínsulas.

Sem descer à demonstração dessa afirmação, evidente por si mesma, basta-nos considerar que o "mapa esférico" veio revelar que o chamado oceano Ártico, para nós mais lendário que real, é um verdadeiro "Mediterrâneo polar" em tôrno do qual, talvez, a civilização travará a batalha do futuro. Ainda mais, o mapa, que era uma representação fixa de conhecimentos incompletos, puramente descritiva, é hoje, dentro da vida conjuntural dos povos, um elemento dinâmico, sugestivo, uma arma sem o uso da qual tôdas as armas e idéias podem falhar.

Não aventuro ao afirmar que a nação mais apta será aquela que possuir e conhecer os melhores mapas, mesmo porque da escolha, no mapa, do lugar da futura batalha mundial, dependerá, estou certo, a sobrevivência da democracia, a nossa sobrevivência.

Uma nação, outrora, era considerada tanto mais civilizada quanto mais conhecia e trabalhava o próprio território e, hoje, será aquela que melhor ajustar a sua geografia física peculiar à geografia política mundial.

O DESTINO DO BRASIL

Estas considerações as fiz com o objetivo de realçar que só uma visão global, dentro da interdependência do "espaço-tempo" mundial, cada vez mais conjugado e reduzido, poderá nos permitir, ainda que

de relance, a constatação da existência, no mundo e em nossa época, de uma subversão material, política e militar mundial capaz de inverter o processo histórico dos últimos tempos e influir, decisivamente, sôbre o destino do Brasil. O eixo mundial, afastando-se da chamada Europa, terá necessàriamente que se apoiar na Ásia ou na América, ou em ambas.

A nossa indagação deve, pois, cingir-se ao exame do curso atual e futuro dos acontecimentos internacionais, a fim de podermos surpreender, se possível, o seu desenlace lógico e inevitável.

Ao fim da primeira Grande Guerra, a convicção era, baseada na concepção wilsoniana, de que se havia pôsto um fim às guerras. Não é esta agora a convicção mundial. A crença generalizada é que não se soube terminar a guerra nem se sabe quando vai recomeçar. A diferença dessas opiniões, se a isto se pode chamar opiniões diferentes, reside em que muitos acreditam na guerra imediata e poucos entendem que ela virá com o curso de alguns anos mais.

Na última guerra, a previsão não era difícil. Nesta, é quase impossível. Em junho de 1939, justamente porque minhas advertências não eram ouvidas e, após três meses de insistência, em reuniões ministeriais, no sentido de que deveríamos preparar o Brasil para uma guerra mundial a que seríamos arrastados, com, sem e até contra a nossa vontade, escrevi ao chefe do govêrno uma carta que consta do "Livro Verde do Brasil". Hoje, depois que vi confirmadas não só as minhas previsões em seus menores detalhes, quer quanto à guerra, seu curso e seu desfecho, quer quanto às suas repercussões internas em nossa vida, não posso, entretanto, falar-vos com a mesma segurança. Nada desejaria eu mais do que haver chegado a uma convicção para transmitir-vos nesta oportunidade, como fiz naquela aos então responsáveis pelos destinos brasileiros. Não creio, porém, que haja quem possa assegurar quanto tempo teremos dêste após-guerra ou se já estamos no período pré-bélico de um novo conflito mundial. Não sabemos mesmo se estamos em paz ou se, dados os choques existentes, a guerra atenuou-se para recobrar as fôrças de destruição necessárias a uma hecatombe ainda maior. Há os que pensam estarmos vivendo, apenas, o período indispensável à transformação, pelas grandes potências, dos armamentos usuais nos de destruição em massa. É o estágio de preparação, impôsto pelos novos processos e métodos, táticos e estratégicos, trazidos pelas novas armas, às velhas lutas entre os povos.

A DECISÃO DO HOMEM

Omar Bradley, Chefe do Estado-Maior americano, declarou que a paz e a guerra dependem do Politburo russo, pois terá que escolher

entre uma e outra. Estamos vivendo dias angustiosos à espera dessa decisão. Não devemos, porém, perder a esperança. A verdade é que cada guerra reduz a possibilidade de novas guerras. Isto não significa a paz. Mas o fenômeno não pode deixar de pesar em nossas considerações. Os fatôres de uma guerra são complexos, quase infinitos. Mas o remate final é a decisão do homem. E esta terá que ajustar-se, mesmo a do Politburo, a uma realidade mundial que restringe, cada dia mais, a faculdade e a possibilidade de fazer e até de aceitar a guerra.

A guerra, em minha opinião, ainda que aparentemente paradoxal, acabará eliminada pela própria guerra. Se indejável ela tornar-se-á impossível. Não desconheço nem obscureço as razões das guerras passadas e da continuação, na vida contemporânea, dos fatôres determinantes de tôdas as guerras.

A História, quase de nossa época, mostra como as nações que se prepararam para fazer a guerra, para ampliar o seu poderio, para implantar suas idéias, acabaram derrotadas, vencidas e arruinadas. Esta é a história de todos os tempos, a da Alemanha, em suas duas últimas guerras, a do Japão, a da Itália. Esta será a de quem se propuser substituí-las nesse plano de dominação mundial. Não é mais possível na sociedade das nações, como na dos indivíduos, o predomínio exclusivo de um sôbre todos os demais. A civilização e a cultura são vontades em sí mesmas mais poderosas que as demais vontades. Os próprios governos, hoje, terão de vencer a necessidade de paz dos seus povos antes de promoverem a guerra, porque esta não destruirá sòmente a vida mas o futuro de vencidos e vencedores. Outrora, a guerra podia surgir e generalizar-se pelo assassinato de um príncipe, pela ambição de um "duce", ou pela loucura de um "fuehrer", como as duas últimas grandes guerras. Não é isso possível em nossos dias. Eisenhower disse que a guerra é uma coisa tão estúpida que pode surgir de uma estupidez, mas a verdade é que em nossos dias fatos mais graves, como substituições da estrutura de nações, conflitos como os da Grécia, da China, da Palestina, desagregações imperiais como as da Índia e da Birmânia, maiores que a da Sérvia em 1914 e a da Polônia em 1939, ao invés de provocarem a explosão de uma guerra mundial, associam e unem o mundo num esfôrço de conciliação e de paz.

ESTADOS-UNIDOS E RÚSSIA

As nações capazes de fazer guerras de caráter mundial reduziram-se apenas a duas: a Rússia e os Estados-Unidos. Antes, muitas outras, como a Alemanha, a França, a Polônia, a Itália, a Inglaterra,

o Japão podiam provocar um conflito mundial. Hoje, a guerra só será possível se os Estados-Unidos e a Rússia entrarem em conflito, dada a desproporção de elementos militares das demais e a sua impossibilidade de financiar nova guerra. O caso da Palestina, que revive a luta de raça e religião entre 250 milhões de muçulmanos e os incontáveis judeus, trouxe, justamente, não o choque, mas a reunião das duas grandes potências, cujo conflito se anuncia todos os dias em nossos jornais. Se quisermos, pois, examinar a possibilidade de uma guerra mundial, deveremos estudar a Rússia e os Estados-Unidos, nações líderes do mundo atual, e analisar as probabilidades de um conflito entre êsses dois países. Só êsse conflito poderá trazer a conflagração geral. Não vejo como outras causas, entre outros povos, possam provocar uma guerra mundial. Mas antes dêste exame, com o objetivo de trazer-vos ao assunto, parece-me necessário enumerar algumas conclusões a que estudiosos dos problemas internacionais chegamos neste após-guerra.

O POTENCIAL CIVIL

A primeira, como acentuou Eisenhower, é de que "a defesa nacional não cabe exclusivamente aos homens de uniforme", mas é uma responsabilidade comum do povo. A luta moderna não será decidida pelo país que, de início, tiver o maior exército, mas pelo que possuir mais fábricas, produção maior, mais laboratórios e cientistas. A posição política, a capacidade econômica, a produção industrial, a aparelhagem técnica, as reservas financeiras, enfim, o potencial civil, determinarão, em última instância, a posição militar.

Não vence mais uma guerra quem "chegar primeiro com o maior número", como queria Clausewitz, mas aquêle que tiver mais capacidade para produzir e empregar os novos elementos de destruição criados pela tecnologia moderna. A futura guerra será mais industrial que militar, mais de máquinas que de soldados. Os generais, os almirantes e os brigadeiros, quando nos altos comandos, terão de ser "general managers rather than tactitians and strategists", superintendentes mais do que táticos e estragegistas. A demonstração dêsse novo aspecto da guerra, no-la deu um famoso crítico militar, ao afirmar que "nunca erraram tanto os generais que ganharam a guerra e nunca acertaram tanto os que a perderam".

ARSENAL DA DEMOCRACIA

Os Estados-Unidos foram e terão de ser não só o "arsenal da democracia", a "fábrica da vitória", como a base de suprimento e mesmo de operações em uma guerra futura. Creio que, em caso de

conflito mundial, o grande Estado-Maior das fôrças ocidentais ficará em Washington e o das outras fôrças provàvelmente em Moscou, mesmo porque o supremo comando não poderá mais ficar no campo da luta, montado em cavalos, como no tempo de Napoleão, ou em aeroplanos e "jeeps", como na invasão da África.

A MELHOR DEFESA

A ofensiva sempre foi e continua a ser a melhor defesa. Os últimos armamentos transformaram, com sua revolução técnica, a natureza da guerra, sem atingir seus princípios fundamentais. Essa transformação está em sua primeira etapa, mas mostra até onde poderá alcançar. As novas armas excedem, em alcance, velocidade e poder, todos os nossos cálculos, e os laboratórios preparam instrumentos ainda mais surpreendentes, como bombas atômicas, projéteis transoceânicos, nuvens radioativas, gases mais tóxicos do que o "Tabun", chuvas mortíferas, agentes biológicos e raios, e as fábricas, aeroplanos, canhões, submarinos e projéteis com poder de destruição sem precedentes.

A GUERRA TOTAL

O futuro conflito terá, pois, de ser total e global. Será a luta de todos os povos e de tôdas as criaturas, em tôdas as terras, mares e céus. O trabalhador terá de ser mobilizado como soldado, bem como todos os homens, e até tôdas as mulheres, na medida de suas possibilidades. Nenhum esfôrço será inútil, e aquêles que não puderem concorrer para a luta, ou a puderem prejudicar, terão de ser eliminados. A futura guerra incluirá na sua trágica entrosagem o corpo, o espírito, a máquina, tudo que existe em cada país, para que algo possa, ao fim, sobreviver. Não será como as passadas, porque terá de ser decisiva e definitiva para o destino da Humanidade.

A ESTRATÉGIA GLOBAL

A futura guerra exigirá não só a preparação militar, mas a nacional e a mundial, porque ela não irá decidir do predomínio de um povo sôbre outro, mas da vida futura de todos os povos. O mundo já é ou será em breve tempo, do ponto de vista da estratégia, um só, porque a concepção fracionária, nacional ou continental, foi superada pela estratégia global. A vitória de uma nação sôbre outra, e até sôbre muitas, como na última guerra, não será a vitória final. Esta será alcançada no terreno, sem dúvida, mas a vitória caberá aos que,

no tempo, tiveram maior capacidade de multiplicação da aparelhagem da paz para destruir a da guerra.

FÚRIA DESTRUIDORA

Um outro aspecto que devemos ter presente é o da realidade de nossa época, tão bem definida pelo General Fuller, no seu famoso livro "Armaments and History": "Do nosso primeiro eixo à nossa primeira âncora surgiu o monstro Frankenstein — o período de trabalho do homem para sua própria destruição, da sua cultura, da sua civilização, do seu passado, do seu presente e do seu futuro". A revolução industrial, a desigualdade econômica crescente entre as populações humanas, o surto de superestados, a batalha ideológica, a insegurança moral, a irreligiosidade e muitos outros conflitos e fatôres do nosso tempo, concorrem para essa fúria de destruição caracterizada pelo esfôrço científico de descobrir novos meios para aniquilar tôdas as demais conquistas pacíficas dos séculos.

O mundo, na descrença de si mesmo, parece acreditar ùnicamente na sobrevivência daqueles que, com mais técnica e perícia, souberem e puderem destruir os outros.

Nada, pois, nos deve preocupar mais, a fim de podermos bem concluir, do que conhecer a capacidade e o limite das novas armas, a possibilidade das novas invenções e de sua aplicação na ruína ou na proteção de nossos destinos.

A ESPADA, O ESPÍRITO E A TÉCNICA

A luta futura, se vier, será total, e a guerra, de três dimensões e mundial, será vencida por aquêle que melhor souber reunir, integrar e empregar, ao mesmo tempo, com o mesmo objetivo, mas em maior número de alvos, o maior número de armas, o maior potencial de fogo e o maior poder de destruição. A maneira de encarar uma guerra futura deverá fundar-se não só nos novos aspectos de um conflito, criados por essas surpreendentes aquisições da ciência, da técnica e da arte militar, mas igualmente naquelas fôrças da inteligência, da vontade, da economia e da política que até os nossos dias dominaram e presidiram à civilização e à cultura humanas.

O futuro será uma resultante da maior ou menor consciência nossa das realidades por nós mesmos criadas. A guerra é obra do homem, e a paz também precisa ser obra do homem. O homem melhora todos os dias e as dificuldades da vida humana provêm sobremodo do homem a quem se nega liberdade para melhorar.

A meu ver, a guerra não é mais possível como a fizeram os nossos antepassados e nem mesmo os nossos contemporâneos.

Napoleão afirmava que só havia dois poderes no mundo: a espada e o espírito, e, acrescentava, nas lutas duradouras o espírito acaba derrotando a espada. Mas hoje temos a técnica, que é espada e espírito. Ela decidirá das guerras e afinal acabará por tornar a guerra mundial impossível. Mas até chegarmos à eliminação da guerra pela guerra, a paz não será a dos nossos sonhos e nem aquela pela qual morreram e morrerão ainda muitos milhões de criaturas. Novas formas de luta surgirão na via-crucis da Humanidade.

As nações sem indústrias, sem capacidade para fazer descobertas por falta de aparelhagem técnica ou de reservas para adquiri-las, como o Brasil, não poderão arriscar-se a provocar soluções bélicas para os seus problemas.

A CONSTÂNCIA DAS GUERRAS

A decisão de fazer a guerra, na quase totalidade dos povos, está, hoje, reduzida pela impossibilidade de enfrentar seu custo, sua destruição e suas sanções inevitáveis.

A Humanidade, porém, não cessará de lutar e, ainda que custosa e aniquiladora, a guerra continuará, porque a violência não desertou de todo do coração humano.

Devemos, pois, encarar a situação mundial como uma resultante dos mesmos fatôres históricos e dos mais que acrescemos e acresceremos, muitos dêles capazes de modificar o curso dos acontecimentos humanos.

A VITÓRIA DA PAZ

À luz dessas idéias devemos, agora, encarar a hipótese de uma nova conflagração. A impressão geral, a que recolho todos os dias e a que leio em todos os jornais, é a de que estamos na iminência de uma guerra entre a Rússia e os Estados-Unidos. A "Batalha dos Subúrbios", que se trava em Berlim, é apenas, segundo êsse noticiário, o início da hecatombe mundial. Esta é a sensação de cada um e de todos nós, nos dias que estamos vivendo homens e povos.

Confesso-vos, porém, que, abalado mais do que nunca na minha fé pacifista, atemorizado, mesmo, pela possibilidade de ver a prudência ocidental perturbar-se e esgotar-se ante a expansão oriental, não descri de todo da vitória da Paz.

As razões desta minha forma de pensar, sem desesperar, decorrem da minha experiência no trato dos problemas da Guerra e da Paz. Dar-vos-ei, o mais resumidamente possível, um apanhado das

FACULDADE DE

considerações, que eu mesmo me faço, para não descrer de todo de uma solução pacífica para o conflito de nossos dias.

FUNDAMENTOS POLÍTICOS E LEGAIS DA UNIDADE AMERICANA

Os Estados-Unidos são nossos conhecidos, e a Rússia, sempre misteriosa, começa a revelar-se no mundo não só como ela é, mas como ela quer que venhamos a ser. O Departamento de Estado, intérprete da política norte-americana, acaba de fazer ao mundo a seguinte declaração: "Os Estados-Unidos não estão em luta com a Rússia, mesmo porque as dúvidas existentes entre as duas nações não decorrem de conflitos exclusivos de ambas, mas de problemas mundiais". Esta afirmação é de importância capital e vem, mais do que quaisquer outras anteriores, contribuir para as nossas conclusões. Os Estados-Unidos excluem, assim, a possibilidade de conflitos diretos, para só admitirem soluções mundiais, e estas através dos órgãos internacionais existentes, ou sejam o Conselho de Ministros, as Comissões Mistas, a O.N.U., e, agora, o Pacto do Atlântico.

A atitude americana é lógica e obedece a razões profundas da forma de ver e encarar os problemas internacionais do povo norte-americano. Os Estados-Unidos são um conjunto de povos, quase de todos os povos, de tôdas as raças e religiões, cuja unidade assenta quase exclusivamente na sua Constituição. O "Bill of Rights" explica o milagre americano, a coesão do seu povo, a fôrça da sua iniciativa, o poder de suas oportunidades.

Não é uma nação orgânica como a Inglaterra, a Alemanha, a França, a Itália e outras, cuja existência continuará através de quaisquer mutações políticas e vicissitudes. A nação americana é uma criação própria, avançada sôbre os quadros de nossos tempos. Sua unidade decorre de fatôres geográficos, como todos, do seu progresso material e do seu bem-estar, mas os elos profundos da unidade americana não são pròpriamente raciais, nem os religiosos, nem os históricos, mas os políticos e legais. Existe, hoje, o povo americano, um grande povo, quase direi sem igual. Mas o fator de coesão, a fôrça da igualdade, a coerência de atitudes, a diretriz de orientação, a unidade americana, advêm não de uma raça ou de uma religião, ou de uma origem comum, mas da lei, da fidelidade aos princípios, da devoção ao regime, dos laços que a vida democrática criaram na comunidade americana.

CONCEITO DE DEFESA NACIONAL

Não tenhamos, pois dúvida de que, sem agressão direta, os Estados-Unidos não irão à guerra contra qualquer outro país, seja

mesmo a Rússia. Mas, direis, a agressão, no mundo de hoje, não é ùnicamente aquela feita ao território de uma nação, mas qualquer ação em outra parte da terra que possa não só ameaçar a sua segurança e existência territoriais, como a integridade da sua forma de ser e de viver.

Terá de ser revisto, na vida dos povos, o conceito de defesa nacional. Esta já não repousa na inviolabilidade de uma fronteira, mas na consciência política e moral das nações.

Mas enquanto não se fizer essa revisão, ninguém definiu melhor a atitude americana do que Eisenhower em seu relatório final, apresentado a 7 de fevereiro dêste ano ao seu govêrno: "Nunca procuraremos a nossa segurança pelo domínio mundial ou pela conquista, em caráter preventivo, de uma nação que supomos estar-se preparando para nos atacar."

O MISTÉRIO RUSSO E O COMUNISMO

A Rússia é uma nação bem diferente de tôdas, das velhas como das novas, mas sempre igual. A sua formação, a sua estrutura, a sua existência, não as podemos bem compreender. Hitler, em um dos seus mais dramáticos discursos, foi forçado a declarar, em plena guerra, com seus exércitos às portas de Moscou, de Leninegrado e de Stalingrado, que "cada passo na Rússia era um novo mistério". O comunismo, porém, veio, a meu ver, desvendar a Rússia: ela está resolvida não só a criar uma ordem comunista como a torná-la mundial. É verdade que na Rússia, ao que se afirma, não há comunismo, mas comunistas. Êstes, porém, a dominam e decidem de sua sorte, ameaçando a nossa. E êstes, nós os conhecemos. Lenine, pai da União Soviética, afirmou sempre que, sem vencer sucessivas e cada vez maiores guerras capitalistas, o comunismo não se poderia expandir e implantar no mundo. Trotsky sustentava não ser possível a existência de um estado socialista em um mundo capitalista, mas Stalin, revidando o Leninismo, defendeu e tornou vencedora a idéia da criação de um estado comunista bastante forte, capaz de resistir às agressões capitalistas e, por fim, vencê-las e dominar o mundo. É a Rússia do após-guerra, numa posição sem precedentes.

O conflito encontrou-a aliada da Alemanha e, agredida por Hitler, recebeu ela a ajuda das Nações Unidas. Não foi a guerra capitalista, como anunciaram seus profetas, mas a ajuda e a cooperação capitalista que a levaram à vitória. Mas ela não acreditou na sinceridade do nosso auxílio e, apenas vitoriosa sôbre a Alemanha, dobrou o número de povos sob o seu contrôle, estendeu em profundidade as fronteiras de sua segurança, alargou no mundo a penetra-

ção de suas doutrinas e, com a chamada Europa quase completamente ocupada, Stalin exortou seus povos, no discurso de 9 de fevereiro de 1946, como fazia Lenine, "a se prepararem, mais do que nunca, para as guerras inevitáveis enquanto o regime capitalista não desaparecesse da face da terra."

A Rússia, pois, não é mais um enigma, e devemos mesmo agradecer a franqueza dos seus líderes pelas suas advertências e pelas manifestações categóricas do seu pensamento e das suas intenções.

O DILEMA MUNDIAL

Estamos, assim, meus Senhores, diante de duas grandes potências, uma que considera a guerra como fatal e inevitável e a outra que, no seu horror à guerra, não encontra ainda fôrças bastantes para organizar a Paz.

Êste é o dilema mundial: uma nação que acredita na guerra, e ainda não a pode fazer, e outra, a que quer a paz, e não a consegue manter.

Em outros têrmos, a nossa é uma era de indecisão entre a guerra e a paz. Mas a Humanidade não pode viver na indecisão. Uma resultante terá de surgir dessa aparente inércia de suas fôrças. Será a Guerra? Será a Paz? Procuraremos dar resposta à trágica expectativa em que vivemos, homens e povos.

A TAREFA DAS NAÇÕES UNIDAS

Entre os que acreditam ser a guerra necessária e inevitável e os que pretendem pôr um fim às guerras, isto é, entre a Rússia, com seus satélites, e os Estados-Unidos, com seus aliados, medeia, impedindo uma ou outra solução, a realidade de nossos dias com suas contradições, mas também com seus imperativos.

A missão de nossa época é convencer os estados agressores, sejam capitalistas ou socialistas, de que quem escolher a guerra o fará com o risco de sua própria destruição e de que a escolha da paz não traz riscos futuros. Esta é cada vez mais a tarefa das Nações Unidas.

ETERNA RENOVAÇÃO

Na última guerra, ao invés do que sucede em tôdas as guerras, a derrota das armas inimigas não trouxe a das suas idéias. A "Estranha Aliança", como a chamou o General John Dane, em obra notável, fêz com que, não obstante a derrota das armas alemãs,

italianas e japonêsas, acabassem encorajadas e prestigiadas as idéias totalitárias, contra as quais se haviam batido as democracias ocidentais. Êste inesperado desfecho veio, pois, transferir para um plano mais vasto e mais complexo, a solução do profundo conflito ideológico dos povos.

A realidade atual mostra uma grande superioridade, sob muitos aspectos, da Rússia sôbre nossa posição atual. Essa superioridade não é só militar, não é só material, mas política. Foi ela granjeada com os nossos erros, mas poderá crescer se insistirmos em errar. Representamos uma velha ordem que se quer manter "à outrance" contra uma nova ordem que se quer impor. O mundo porém é uma eterna renovação. A Humanidade é uma ininterrupta ânsia de aperfeiçoamento. A inquietação humana, em procura de novas aquisições, é a característica do homem. A Rússia é um aceno a essa condição. Os povos, derrotados ou vencedores, não terminaram a luta satisfeitos. Uma expectativa domina a consciência mundial. Os povos europeus, cansados, esgotados, empobrecidos, não crêem mais no passado e nós não lhes acenamos com um futuro melhor. Insistimos, como ainda recentemente anotou Laski em relação a um discurso de Churchill, em fórmulas revogadas pela experiência e pelas provações.

Não podemos, pois, negar que a consciência do homem ocidental está vaciliante entre a nossa ordem e uma outra qualquer, desde que não seja a nossa. Uma nova concepção, capaz de conciliar os extremos atuais, terá que surgir, como em outras épocas. Nosso problema não é reorganizar o passado. A consciência do homem que sofreu duas guerras, sobremodo na Europa e na Ásia, é hoje uma terra de ninguém à espera da primeira sugestão, da primeira esperança, do primeiro dominador. Esta é, indiscutidamente, a nossa maior fraqueza e a razão da insegurança em que vivemos em relação a nós mesmos.

CONFRONTO DE FÔRÇAS

A fôrça da Rússia assenta no divisionismo democrático, fraqueza inerente ao nosso sistema econômico e político. É fora de dúvida que ela tem o maior exército mundial em pé de guerra, o maior número de aeroplanos, uma unidade absoluta de comando, que é uma fôrça poderosa na ação, que suas reservas humanas e de matérias-primas são quase inesgotáveis. É, igualmente, fora de dúvida que ela conta, sob seu contrôle, com tôdas as organizações comunistas espalhadas na terra, vanguardas disciplinadas e perigosas, capazes de entravar e sabotar a ação das nações democráticas. É fora de

dúvida, ainda, que, no mapa da Europa, a sua vontade podia traçar e retraçar as zonas não só de sua influência, como de sua dominação. Pode-se, mesmo, afirmar que, como Berlim, a Europa está à sua mercê.

A recomposição das nações ocidentais, econômica, política e militarmente, é uma das maneiras de deter a Rússia sem recorrer à guerra.

A Alemanha, a parte maior e melhor, está com o ocidente, em proporções grandemente favoráveis.

A economia européia e a russa, com seus satélites, mostra não haver um desequilíbrio, salvo em produção agrícola, capaz de comprometer desfavoràvelmente uma ação próxima, um desenlace ou um conflito. As desvantagens existentes serão corrigidas e mesmo superadas pelo plano Marshall e pelo Pacto do Atlântico. As populações são iguais, mas maiores a produção industrial, de aço, de carvão, de eletricidade, de química e muitas outras das nações ocidentais.

A recuperação ocidental, com o auxílio americano, será acelerada e efetiva, ao passo que a russa, mesmo com a execução do novo plano qüinqüenal, demandará mais de um decênio de trabalho e de esforços. Na carreira da recuperação, as nações ocidentais voltarão ao nível anterior à guerra, senão igual, aproximado, antes da Rússia e seus satélites. A produção soviética decresceu em todos os setores e ainda não voltou a aproximar-se dos índices básicos nem em aço, nem em carvão, nem em petróleo e nem mesmo em trigo e outros cereais. O trabalho russo é de pouco rendimento e deficiente a organização econômica do país. O seu sistema de transporte não pode ser mais precário. Sua produção industrial atual corresponde à dos Estados-Unidos em 1905 e, acreditando-se em seus planos e projetos, chegará, em 1960, à do povo americano em 1913. Sua produção agrícola é grande, a maior da Europa e Ásia, mas muito inferior, em qualquer produto, à dos Estados-Unidos e, em quase todos os ítens, inferior às necessidades de sua população. É, econômicamente, uma nação do século XIX. Os seus satélites, salvo em poucos produtos industriais, e alguns extrativos, não a poderão ajudar. Êles representam um pesado encargo econômico, político e, mesmo, militar.

A fôrça da Rússia é o "Exército Vermelho", a sua posição estratégica no coração da terra, as suas reservas humanas e de matérias-primas, a unidade política e militar e a expansão de suas idéias revolucionárias. É u'a massa humana em pé de guerra, dispondo ao todo de 76 divisões nas zonas de ocupação e mais 75 divisões dos países satélites, que alcançam, juntamente com as fôrças

metropolitanas, mais de 5 milhões de soldados em armas. Sua fôrça aérea é de 30 mil aeroplanos dos quais quase a metade em serviço ativo. Sua armada, que Molotoff, em famoso discurso, prometia desenvolver até igualar as maiores do mundo, não tem, ainda, uma fôrça capaz de influir nos oceanos e mesmo nos mares.

A Rússia tem, pois, na balança dos poderes, em seu favor: 1) a unidade estratégica de Moscou; 2) a posição privilegiada de ocupação e de predomínio continental, no ocidente e no oriente; 3) a confusão das nações ocidentais; 4) a manutenção em pé de guerra de fôrças militares muitíssimo superiores às demais; 5) a organização comunista em todos os países; 6) as reservas humanas próprias e as dos países satélites; 7) a expectativa de uma crise econômica e financeira dos países capitalistas.

Estas são, em resumo, as fôrças da guerra, contra as quais devemos alinhar as da Paz, sem mesmo cogitar das fraquezas russas, que são muitas e as de seus satélites, que ela não poderá jamais suprir. Entre elas, a meu ver a maior, que compensa e excede a da indecisão e da angústia ocidentais, é a que decorre da oposição comunista à natureza humana, à forma de ser e de viver do homem, mesmo do russo que, mais dia menos dia, acabará, como o hindu, o birmanês, o japonês e tôda a criatura, por compreender que a liberdade e a dignidade são bens inestimáveis.

Mas não devemos assentar nosso futuro na incerteza ou insegurança alheias, mas em nossa própria capacidade e energias.

AS FÔRÇAS DA LIBERDADE

Verificamos, ainda que em linhas apressadas, as fôrças e fraquezas russas e, agora, devemos estudar as das nações democráticas.

Foi Theodoro Roosevelt quem afirmou, com espírito profético, que, se a democracia não tivesse condições próprias para vencer as fôrças do despotismo e da autocracia, não teria nem surgido nem se mantido contra elas nas terras livres das Américas e muito menos se alargado a tôdas as terras e a tôdas as consciências. A última guerra, colhendo de surprêsa e desarmadas as nações democráticas, foi a demonstração final da impossibilidade de serem vencidos os povos livres. A liberdade é a maior fôrça já criada e a única capaz de multiplicar as demais fôrças materiais e espirituais existentes. Eisenhower, o comandante da vitória, definiu com experiência e sabedoria o poder da liberdade. "O nosso futuro, disse êle, não será alcançado pela fôrça. A segurança de um país não pode ser medida pelas reservas e estoques de munições, pelo número de homens em armas ou pelo monopólio de armas invencíveis. Esta era a idéia de poder da Alemanha e do Japão, que a experiência da guerra mostrou ser falsa. Mesmo na paz os índices da fôrça militar não merecem confiança porque as armas se tornam obsoletas. Grandes exércitos decaem após sacrificar o país para os manter, e o monopólio dos engenhos é sempre transitório. Mas as reservas espirituais da nossa cultura e da nossa civilização, aplicadas com prudência e sabedoria, à solução dos problemas diários, estas, sim, são invencíveis e acabarão por superar tôdas as aflições contemporâneas."

Podemos, pois, confiar em que, sejam quais forem os perigos e ameaças à paz e sejam quais forem os êxitos iniciais de uma agressão, as fôrças da liberdade acabarão vitoriosas.

O CAMINHO DA PAZ

A última guerra não encerrou seu ciclo e nem está encerrado o ciclo das guerras. O caminho da Paz, porém, pode ser simples e, talvez, mais fácil do que o da guerra, dependendo, apenas, de como nos conduzirmos. A última guerra veio reacender a luta ideológica, a religiosa e até à racial. As alterações na velha balança de poderes, que governava o mundo, trouxeram a ânsia de libertação das regiões coloniais entreabrindo uma nova era de independência para os povos secularmente escravos ou dominados. A Humanidade, como uma grande família após uma desgraça enorme, procura desesperadamente partilhar a herança do próprio destino. Êste não poderá ser o da destruição total. Não podemos acreditar que estejamos vivendo num mundo suicida. Seria admitir não só que perdemos a noção mesma da vida, como o instinto de conservação. Todos os debates e conflitos humanos, no fundo, decorrem de uma diferente concepção da vida entre as criaturas e os povos, grandes e pequenos.

Nós, os ocidentais, representamos uma forma de pensar, de trabalhar, de crer e de viver. Tudo, entre nós, é aquisição da convivência e da cordialidade. É compreensão da solidariedade e obra da tolerância. Sem êsse fundo moral não seriam possíveis a civilização e a cultura ocidentais. Acreditamos naquilo que nos fêz grandes, fortes e bons e esperamos que a razão humana reconduza os povos a êsse caminho. A democracia, para nós, é uma conseqüência da nossa forma de ser. Não é uma concepção política em si mesma, mas a maneira mais digna de viver e até de sobreviver. A agressão é, para nós, um crime, que o indivíduo não deve praticar e ainda menos os povos. É um ato condenado pela repulsa da nossa consciência.

Não são assim, porém, todos os povos. Em outras regiões da terra reina ainda o preconceito racial, o religioso, o político e a violência é considerada como base da vida. A lei é a do mais for-

te e até do mais cruel. A necessidade não conhece limites e a expansão não tem fronteiras. A vida é uma luta exclusiva de interêsses materiais e os aspectos morais não contam nas suas deliberações. Chegam mesmo a afirmar que a família, a virtude, a honra, a fé e a liberdade são meros preconceitos.

As nações democráticas, em caso de um conflito mundial, lideradas pela América, têm a vitória das armas assegurada por forma iniludível. Mas uma nova guerra, com as novas armas, trará a ruína total dos vencidos e a econômica, política e moral dos vitoriosos. A civilização e a cultura, as obras-primas do homem, serão soterradas nessas ruínas.

A O.N.U. foi criada para manter a Paz pela fôrça das nossas idéias. Ela surgiu na guerra e da guerra, mas inspirada na Paz. É uma expressão do nosso idealismo. Como tôda obra humana, ela padece das condições de sua época. Mas é destinada a sobreviver. A sua infância será difícil num mundo doente, física e moralmente. Mas o nosso dever, como acentuou Eisenhower, o líder militar da vitória, é ampará-la por tôdas as formas a fim de que, como instância suprema, possa resolver pacìficamente o conflito mundial.

Não podemos excluir de todo tão trágica possibilidade, uma vez que a Rússia poderá, ante a crescente organização das nações democráticas, com o fim de deter pacìficamente a expansão soviética, precipitar o mundo na guerra.

ANTAGONISMO ENTRE DOIS MUNDOS

A situação política mundial, hoje, é determinada aparentemente pelo antagonismo entre dois mundos, colocados em dois pólos opostos pelos seus sistemas econômicos, políticos e sociais. O grande drama da nossa época vem, porém, do fato de 1 bilião e 500 milhões de criaturas, quase 2/3 da população mundial, na Ásia e também na Europa, estarem, após a última guerra, procurando uma nova forma de viver, ou melhor, de sobreviver. Estamos assistindo ao mais extenso e mais radical período de transformação do maior número de povos em tôda a história da Humanidade. A China, a Índia, a Birmânia e a Indonésia, com quase um bilião de criaturas, são indicações dramáticas.

Direi, mesmo, que a terra tôda está sacudida por um movimento sísmico da necessidade e da consciência dos povos. Sentimos todos que das ruínas da guerra uma nova ordem quer erguer-se com novos materiais e idéias novas. No fundo de todos os incidentes internacionais, na O.N.U., em Berlim, na Coréia, na Grécia, em Moscou, em Washington, podemos surpreender que a luta se trava

entre os que querem manter o "statu quo" e os que o querem mudar. As fôrças que apóiam essas duas atitudes são imensas, as materiais e as morais. Mas, a meu ver, não são irreconciliáveis. A Rússia e os Estados-Unidos lideram essas duas tendências e, já hoje, acredito, começam a compreender que existe uma solução capaz de conciliá-las.

ENTRE A PAZ E A GUERRA

Entre a paz e a guerra processa-se a maior transformação das massas humanas. A Rússia apóia a nova ordem revolucionária e os Estados-Unidos defendem a ordem democrática existente. Não há, como se supõe, uma luta entre essas duas grandes nações, capaz de arrastar as demais. O drama é de todo o mundo e de todos os povos. Mas o mundo terá que melhorar. Êle veio melhorando até nós, arrancando das eras de barbárie, e não poderá parar e ainda menos retroceder. As dificuldades são grandes, mas muito maiores foram as vencidas pelos nossos antepassados. Assim como crescemos da era colonial, todos poderão crescer. E todos estão crescendo em cultura e civilização. As resistências de alguns são grandes e até violentas, tornando-os quase inacessíveis aos benefícios de nossos acenos e propósitos. Já foram, porém, maiores. A inteligência humana não conheceu ainda dificuldades insuperáveis. A História é uma renovada vitória da inteligência. Não devemos, pois, ser pessimistas e menos, ante essas incompreensões, renunciar à tarefa histórica da civilização e da cultura ocidentais. A resistência e a agressividade de outros povos não serão jamais capazes de superar a inspiração, arrefecer a determinação e trazer a desunião das nações democráticas.

A coalizão está feita na O.N.U. para propiciar e favorecer, pela evolução, as grandes transformações econômicas, políticas e sociais da nossa época, e para evitar e mesmo tornar o recurso à violência e à guerra cada vez mais difícil, senão impossível.

Nenhum povo, ou reunião de povos, poderá, em minha opinião, se prestigiarmos a obra da O.N.U., evitar a vitória pacífica da Paz.

O ENSINO LIVRE NO RIO GRANDE DO SUL

Borges de Medeiros

Acedendo ao convite que lhe fêz o professor Salgado Martins, o eminente repúblico Dr. A. A. Borges de Medeiros teve a gentileza de escrever, especialmente para esta revista, o presente artigo, em que se mostra ainda fiel a um dos princípios constantes da Constituição Estadual de 14 de julho, qual seja o que consagrava o ensino livre, sob cuja inspiração nasceu a Faculdade de Direito.

A Universidade do Rio Grande do Sul não é mais do que o conjunto dos institutos que, em várias datas, surgiram e medraram pela ação exclusiva da livre iniciativa particular, bem orientada e perseverante.

Durante a vigência da Constituição de 14 de Julho de 1891 cumpria ao Estado abster-se de fundar e manter oficialmente o ensino superior pela razão precípua de que não lhe era lícito ter uma *ciência oficial*, do mesmo modo que não podia ter uma *religião oficial*.

Dêsse postulado decorreu, em parte, o dispositivo do art. 71 § 5.º da mesma Constituição que declarava *não admitir também no serviço do Estado os privilégios de diplomas escolásticos ou acadêmicos, quaisquer que sejam, sendo livre no seu território o exercício de tôdas as profissões de ordem moral, intelectual e industrial.*

Viva controvérsia suscitou êsse texto que, todavia, provocou o aplauso de acatados parlamentares e de eminentes juristas, tais como F. Viveiros de Castro, notável magistrado, que, a par de várias considerações relevantes, assim externou-se:

"E' certo que ninguém pode exercer uma profissão sem estar devidamente preparado, sem ter conhecimentos técnicos que essa profissão exige; mas também é certo que êsses conhecimentos podem ser

adquiridos fora do ensino oficial, fora das faculdades, academias e colégios.

. . . . . .

Demais, o diploma acadêmico é apenas uma presunção de ciência, de habilitação, mas não uma certeza. Com efeito, se é certo, tanto em nosso país como em qualquer outro, que das universidades e academias tem saído uma brilhante plêiade de homens competentes, nomes que sintetizam em si tudo que o talento tem de mais esplêndido e a ciência de mais profundo, não é menos certo também que dessas mesmas academias e universidades saem laureados com o diploma científico indivíduos crassamente ignorantes, deixando entre os seus contemporâneos uma opulenta coleção de anedotas reveladoras da sua inópia intelectual, de seu espírito inculto e parvo."

Também o grande Júlio de Castilhos, o principal autor da Constituição de 14 de Julho, justificou a doutrina constitucional nestes têrmos, eloqüentes e primorosos:

"Se o Estado não tem uma religião própria, também não pode ter uma ciência sua ou privilegiada; não sendo religioso, também não pode ser *cientista;* proclamando e mantendo a plena liberdade de cultos, sem subvencionar ou proteger qualquer dêles, não pode lògicamente deixar de reconhecer e manter a completa liberdade espiritual, abstendo-se de favonear quaisquer doutrinas, seja qual fôr a natureza delas. Eis, em substância, a lição profícua que oferecem os textos da nossa Constituição."

Foi, conseguintemente, ao influxo dêsse regime liberal que organizou-se e difundiu-se, entre nós, o ensino superior do qual foram os mais altos expoentes os institutos, que constituem o atual grupo universitário.

Ei-los em ordem cronológica:

A *ESCOLA DE ENGENHARIA*, fundada em 1896 e reconhecida por lei federal, que compreendia:

o *Instituto de Engenharia*, com os cursos de engenharia civil e de engenheiros-geógrafos;

o *Instituto Eletro-Técnico*, para engenheiros eletricistas mecânicos e montadores eletricistas mecânicos;

o *Instituto Borges de Medeiros*, com os cursos de agronomia e de capatazes rurais;

o *Instituto Parobé*, para mestres de oficinas;

o *Instituto Júlio de Castilhos*, para ensino secundário ou vestibular.

A ESCOLA DE ENGENHARIA não recebeu qualquer subvenção oficial até 1907, mas nesse ano foi criada uma taxa adicional de 2 %, denominada *taxa profissional*, que incidia sôbre algumas rubricas da

receita orçamentária e era destinada a auxiliar exclusivamente o ensino técnico profissional.

Essa taxa foi elevada, em 1909, a 4 %, e em 1923 a 8 %, a fim de auxiliar também o instituto de *Agronomia* e *Veterinária.*

A *FACULDADE DE DIREITO,* fundada em 1900 e equiparada às oficiais, mantinha anexa a *Escola de Comércio.*

A *FACULDADE DE MEDICINA,* fundada em 1908, também equiparada, mantinha anexos os institutos *Oswaldo Cruz, Pasteur* e *Anatômico,* recebendo o segundo uma subvenção anual a fim de atender gratuitamente ao tratamento anti-rábico de pessoas pobres.

Abstendo-se de intervir na organização do ensino superior ou de custeá-lo pelo erário público, todavia não se eximia o Estado de amparálo na medida compatível com o espírito e letra do estatuto constitucional. Tanto assim que a FACULDADE DE DIREITO e a de MEDICINA receberam, por vêzes, auxílios para construções e aquisição de materiais. Afora êsses, outros auxílios pecuniários eram concedidos, para fins idênticos, a vários institutos e colégios, disseminados por todo o Estado.

Eis aí os frutos benéficos do nosso passado republicano, que assaz propiciou a admirável obra individual, que tínhamos, no tocante ao ensino público, em todos os seus graus.

Tachada de original a Constituição rio-grandense de 1891 porque não observara servilmente o padrão comum, a verdade é que nenhuma outra constituição brasileira consagrava, com tanta amplitude como ela, as liberdades espirituais.

Por isso, ainda hoje, posso repetir, com acêrto, êstes conceitos que emiti em 1903:

"Júlio de Castilhos, ideando a organização republicana de sua pátria, sob moldes novos e singulares, foi filósofo na profundeza da concepção e político na sua justa adaptação ao estado social.

Há quem pense e afirme que o estatuto rio-grandense é uma obra caprichosa da vontade, sem raízes históricas e sem condições de vitalidade duradoura.

E' necessário não esquecer que a mesma crítica superficial malsinara, a princípio, a Constituição dos Estados-Unidos da América do Norte que, na frase conceituosa de Gladstone, é "a obra mais admirável que tem sido criada, em dado momento, pelo gênio e vontade do homem, do mesmo modo que a constituição inglêsa é o organismo mais sutil que tem saído gradativamente dos fatos históricos".

Hoje ninguém mais ousa considerar a Constituição Americana uma obra exótica da Convenção de Filadélfia.

P. A., 6-10-1949.

LA TEORIA DEL ORGANO*

Aparicio Mendez

Primeira Conferência:

Palavras de apresentação pronunciadas pelo Catedrático de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, Professor Ruy Cirne Lima.

"Com sumo prazer e honra não menor, aceitei o "encargo de apresentar-vos as saudações da nossa Facul- "dade, ao início de vosso curso nesta nossa e vossa casa.

"Sois, nesta Faculdade, para todos nós, e ainda para "os que convosco travam agora o primeiro contato pes- "soal, não um desconhecido, mas bem ao contrário, um "velho amigo, cuja presença física vem meramente inte- "grar, de novo, ou pela primeira vez, a imagem, já de há "muito, desenhada em nossa admiração.

"Os vossos trabalhos sôbre o Direito Administrativo "já vos haviam dado a conhecer aos estudiosos do direito, "no Brasil. São de particular significação doutrinária, "dentre os mais, os dois estudos que publicastes sôbre as "relações interadministrativas e sôbre os caracteres da re- "vogação do ato administrativo. Ambos de alguma forma "se unem entre si, de vez que, em vossa sistemática da "matéria, haveis substituído a análise separada do ato "jurídico e do contrato administrativo, como tradicional- "mente encaradas na doutrina, pelo estudo da Teoria Geral "das Relações Jurídico-Administrativas. A êsses dois tra- "balhos fundamentais, liga-se também, dentro da mesma

(*) Conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Rio Grande do Sul los días 20, 21 y 23 de junio de 1949.
A pedido del señor Presidente de la Congregación de la Facultad de Derecho de Porto Alegre, Professor José Salgado Martins, he reproducido estas disertaciones con la mayor fidelidad posible siguiento las notas usadas para su desarrollo. Unicamente se han señalado o acentuado las citas, apenas mencionadas entonces, a fin de facilitar las fuentes de información.

"orientação, o vosso curso de agora, nesta Faculdade.
"Brindais-nos, nesta amável correspondência ao nosso con-
"vite, com a exposição de temas, que sendo de tão alta
"relevância doutrinária, são, de outra parte, do número
"daqueles em que os vossos talentos e as vossas quali-
"dades de jurista mais singularmente têm brilhado. Tra-
"zeis-nos, desta sorte, pois, não apenas a honra e o pra-
"zer de vossas lições, senão também, e como conteúdo
"destas, a contribuição mais original e mais rica da Escola
"de Direito Administrativo que chefiais.

"Largo é, de resto, o elenco dos temas que tendes
"versado em vossa copiosa atividade literária. Vão êles
"desde os lineamentos introdutórios do Direito Adminis-
"trativo até os desenvolvimentos últimos de questões vi-
"gentes, como, de modo especial, a das aposentadorias,
"ou jubilações, no direito uruguaio, a cuja análise tantas
"e tão valiosas disquisições haveis aduzido. Destacados
"e numerosos são, destarte, os vossos títulos a admiração
"e ao aprêço que vos são tributados, ainda para além
"das fronteiras de vosso país.

"Esta saudação dirige-se, portanto, a um velho amigo;
"tem o sentido de um fraternal abraço e, porque endere-
"çada a um professor da Universidade de Montevidéu
"e a um filho do Uruguai, pode dizer-se que é um abraço,
"no qual, além das pessoas, a Universidade de Monte-
"vidéu e a de Pôrto Alegre, o Uruguai e o Brasil afetuo-
"samente se estreitam como irmãos."

SUMARIO:

1) El organicismo. La teoría del Organo. 2) Autonomía técnica de la teoría del Organo. 3) Acepciones del vocablo órgano. 4) Importancia de la teoría. 5) Concepciones orgánicas. 6) Conceptos estático y dinámico de organo. Elementos. 7) La *forma*. Organos *simples*, *complejos* y *Mixtos*. 8) Cargo, Oficio. 9) Funciones. 10) Resumen.

---

1) La teoría del organo, técnicamente considerada, no tiene vinculación con las llamadas escuelas o tendencias organicistas. Mientras éstas pretenden encarar y resolver cuestiones fundamentales en el orden social derivando de la sociología las soluciones jurídicas, aquélla, dentro de un campo estrictamente científico, afronta en su esencia los problemas concretos planteados por las condiciones especiales de la actividad etática.

El organicismo, cuya primera expresión se ha hecho remontar

hasta la filosofía griega, — como se recordara recientemiente, — (1) usando y abusando del método comparativo, asimila las sociedades a los organismos y, en el aspecto funcional, los fenómenos sociales a los fisiológicos. La sociedade es así un inmenso organismo con su ciclo vital en el que puede señalarse un proceso natural que la lleva a su máximo desarrollo para extinguirla finalmente en un total decaimiento senil. Consideradas la sociedad en general, como las agrupaciones con personalidad histórica, racial y política, en particular, a traves de ese criterio, responden en su nacimiento, desenvolvimiento, organización, esplendor y decadencia, a las mismas leyes naturales. Tales individualidades humanas se concretan en Estados que, valga la expresión de Bluntschli, tienen cuerpo y alma, miembros con funciones y facultades tendientes a satisfacer las necesidades de la vida en la totalidad del ser, crecimiento interno y externo (2). Caullet resume de acuerdo con uno de los más significativos defensores actuales del organicismo, René Worms, los principales puntos de vista de esta teoría en los siguientes términos: "Las sociedades "constituyen seres verdaderos. Sus elementos son a la vez indepen-"dientes e inter-dependientes y están unidos entre ellos de manera "que forman órganos y sistemas..." (3)

Esta asimilación, que facilita la explicación desde el punto de vista puramente externo, de los grandes procesos históricos y que cautiva con cierta noción de unidad, llevada más allá del plano meramente comparativo se traduce por exageraciones y una evidente unilateralidad. De ahí que, pasado el momento de entusiasmo, quede como un capítulo, apenas, de los esfuerzos hechos para encarar los fenomenos sociales.

2) Entre el grupo de grandes juristas, especialmente alemanes, que la recogieron en los tiempos modernos, merece el honor de un particular tratamiento Gierke a quien debe considerarse a justo título el fundador de la teoría técnica del órgano. Sin salier de las tendencias organicistas, el genio de Stettino, en un "jusnaturalismo" al que no es extraño el pensamiento de Althusius (4) transporta las nociones orgánicas a lo jurídico defendiendo la realidad de las agrupaciones sociales y dando de este modo a las fracciones o asociaciones el caracter de un fenómeno social que se expresa jurídicamente dentro de la colectividad como uno de los órganos de la misma. Aunque Gierke limitó su estudio a las corporaciones en general (5) sus conceptos fueron valioso elemento de información más tarde al examinarse particularmente la teoría de la persona jurídica permitiendo mantener

(1) Enrique Martinez Paz (H.) "La Naturaleza del Estado y el Problema de su Despersonalización", en Revista Jurídica de Córdoba, N.º 1, p. 12.
(2) Bluntschli, "Derecho Universal", p. 13-20.
(3) P. Caullet, "Elements de Sociologie", p. 54.
(4) Otto von Gierke "Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien" (1880).
(5) "Das Deutsche Genossenschaftsrecht".

la realidad de las asociaciones o agrupaciones frente a la llamada teoría de la ficción y brindando a la doctrina elementos que han facilitado la construcción de la teoría técnica del órgano.

Como ya lo hicimos notar, esta teoría es extraña a toda tendencia filosófica o escuela sociológica, presentándose dentro del derecho público en general y del administrativo en particular como un conjunto de principios que explican el fenómeno de la fragmentación estatal y de la division funcional en lo técnico y en lo jurídico. Por eso debe insistirse mucho respecto a lo que denominamos la autonomía técnica de la teoría del órgano, vale decir, a su desvinculación total con las tendencias organicistas. Forti, entre otros, observa que "la noción de órgano aun cuando haya sido difundida "particularmente por obra de la llamada teoría orgánica del Estado, "la cual se funda en la idea madre de que el Estado y otros entres "corporativos deben considerarse como organismos, no está de modo "alguno esencialmente vinculada con esa teoría" (6)

En síntesis, la teoría del órgano, que desarrollaremos en estas disertaciones, es una noción técnica de la ciencia y del derecho administrativos que no tiene relación alguna con el organicismo.

3) Pero el vocablo "órgano", propio de las ciencias naturales, ha sido trasplantado al derecho en sentido figurado. Corresponde entonces determinar el alcance que tiene dentro de nuestra disciplina.

Michoud dice muy bien que "la palabra órgano no puede ni "debe ser empleada sino a título de comparación. Importa señalar "que entre el órgano corporal de la persona física y el órgano de la "persona moral hay analogía pero de ningun modo identidad" (7). En derecho encontramos tres acepciones capitales para la dicción "órgano" que suelen utilizarse aún por un mismo autor. La más corriente, frecuentemente usada por Jellinek y Gierke, asocia el órgano a la idea de *representación;* tambien se recurre a ella para indicar una *fracción* o *porción* perfectamente determinada en la estructura del Estado y, por último, en un orden puramente expositivo, como *instrumento* o *medio,* aplicación ésta que responde etimológicamente, al vocablo griego original (8). Cada uno de estos sentidos particulares de la palabra órgano toma un aspecto del concepto técnico no traduciéndolo, por lo tanto, integralmente. Para nosotros, el órgano *es una porción funcional nominada y definida* (9). Como puede apreciarse están presentes en esta definición de manera expresa, la idea de parte, fracción o porción del todo Estado e, implicitamente, la de representación y de instrumento o medio de la acción estatal.

(6) "Nozione e Classificazione Degli Organi" en Studi di Diritto Publico, T. I. p. 183. Duguit "Traité de D. Constitutionnel". t. II p. 564 (3.ª ed.).
(7) "La Theorie de la Personnalité Morale", 3.ª ed., t. I, p. 140.
(8) Forti, Ibidem. Jellinek "Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi". p. 40.
(9) Del autor, "La Jerarquía", n.º 3.

El vocablo "órgano" figura en el lenguaje jurídico desde hace mucho tiempo y tiene diaria aplicación. No es posible examinar ninguno de los problemas importantes de nuestra materia sin recurrir a él. "Empleo esta expreción "órganos del Estado", — dice Duguit, — "porque ella se ha incorporado al uso y porque es cómoda" (10). Pero la verdad es, más allá de la mera comodidad que mencionaba el gran maestro de Burdeos, que la noción de órgano no puede sustituirse por otra que represente cabalmente lo que ella importa para el derecho.

La realidad orgánica en este sentido fué afirmada por Jellinek con términos categóricos. "El Estado no puede existir sino por "medio de sus órganos; si se hace abstracción de éstos queda redu- "cido a una expresión" (11). En efecto, como idea técnica, como creación del hombre en el orden social, el Estado es una abstracción. Nada de él mismo adquiere materialidad: símplemente se nos presenta como un conjunto de entidades e instituciones com la más variable terminología y distinta importancia (poderes, entes nominados, entes innominados, cargos, etc.). Para afirmar su concepto y ponerlo concretamente al alcance de la observación hay que recurrir a cada una de sus piezas componentes, de sus porciones integrantes y ellas son, técnicamente, los órganos.

4) La teoría mencionada tiene, en nuestra opinión, una importancia fundamental para el derecho que se manifiesta en múltiples aspectos. En primer lugar, explica satisfactoriamente, sin que hayamos encontrado otra que la supere, el fenómeno técnico de la fragmentación del Estado y, más allá, de las asociaciones o agrupaciones en todos los órdenes; en segundo lugar, es la única que con criterio científico encara el funcionamiento de esas unidades en condiciones de asegurar una adecuada aplicación del derecho; en tercer lugar, da satisfacción a las necesidades creadas por los problemas que originan las relaciones técnico-jurídicas de esas unidades y, por último, permite resolver todo lo que se relaciona con la acción del hombre por el Estado o por la agrupación, sin recurrir a conceptos alambicados ni a nociones filosóficas. En pocas palabras, ella es una teoría medular del derecho público.

Por eso mismo se impone destacar su rigor técnico. Una idea superficial, como una apreciación ligera o falsa asimilación, llevan fatalmente a valoraciones equivocadas, que, ademas de perjudicar a la buena doctrina, hacen caer en incomprensibles errores. Bigne de la Villeneuf observa que la mayor parte de las objeciones formuladas por los publicistas franceses a la teoría del órgano son inexactas o

(10) "Traité de Droit Constitutionnel", 3.ª ed., p. 539.
(11) "Teoría General del Estado".

insufucientemente fundadas, poniendo frente a frente nada menos que las opiniones de Hauriou y Duguit (12). Para aquél la "idea orgánica "no es jurídica" (13) mientras que para éste (14) es "una construcción "puramente jurídica".

La incorporación del concepto orgánico al vocabulario jurídico es, contrariamente a lo afirmado por Duguit, algo más que una cuestión de mera comodidad; sin ninguna duda, se presenta como fruto de una necesidad. La doctrina, en efecto, ha tenido que recurrir a nociones sustitutivas siempre parciales e insuficientes, muchas veces inadecuadas, para explicar lo que corresponde a la auténtica dinámica del órgano. En el derecho francés, especialmente, la teoría de la personalidad jurídica o moral encara en lo social el hecho de la agrupación o asociación; técnicamente, el del fraccionamiento del Estado y, por último, pretende explicar mediante distintos expedientes las manifestaciones jurídicas de este fenómeno. Y bien; el Estado se fragmenta en una multiplicidad de unidades cuya mayoría son órganos sin personalidad de derecho, entidades que se desenvuelven por aplicación de normas de otra índole. La teoría de la personalidad jurídica o moral, pues, apenas explicaría con todas sus deficiencias, la actividad de una parte limitada de las porciones estatales, las que alcanzan a disponer de entidad de derecho.

Se ha recurrido tambien a la noción de competencia para explicar la acción parcial del Estado en ciertos aspectos, encarada integralmente por la teoría del órgano. Si bien la fase funcional queda dentro de las posibilidades de aquel concepto todos los problemas de forma, como de contenido orgánico, permanencen en la penumbra. Recuerdese que para Jéze, máximo exponente de la doctrina francesa, la competencia es un poder jurídico. El órgano, demás está decirlo, desenvuelve un poder jurídico, pero el asiento de éste, su existencia y aplicación, suponen la exacta apreciación de aquél: a estas cuestiones no puede abordar la noción de competencia.

Desde otro punto de vista, sobre el que volveremos, las figuras jurídicas del mandato, representación y delegación con sus ineludibles adaptaciones al derecho público y a la economía de cada régimen jurídico particular, se han esgrimido con el buen propósito de explicar la actividad particular de ciertas porciones del Estado por parte de la llamada impropiamente teoría francesa de los órganos del Estado (15). Sin embargo, fuera de inútiles discusiones y complicaciones creadas por el trasplante de conceptos, esas nociones nada han contribuido a la técnica del derecho público; por su naturaleza, tales figuras quedan reducidas al plano jurídico y, como ocurre con la teoría de

(12) "Traité General de l'Etat". T. II, p. 99 a 101.
(13) "Precis de Droit Constitutionnel", 1929, p. 212.
(14) "Ibidem, p. 133.
(15) Duguit, Ibidem, p. 556 y Sgtes.

la personalidad moral, prescinden de las manifestaciones extra-jurídicas en la vida del Estado con todos los inconvenientes del caso.

Refiriéndose precisamente a la teoría del mandato y de la representación en la materia que nos ocupa Michoud reconoce que los alemanes "han imaginado una teoría más sutil y elegante que me "parece tambien más verdadera: la del órgano" (16).

Esta teoría del órgano, tal cual la desarrollamos, — repetimos — es la única que regula eficientemente en los aspectos jurídico y técnico, esto es, integralmente, el hecho de la fragmentación del Estado, las condiciones de funcionamiento de esas unidades, sus relaciones recíprocas y externas y el todavía más sutil fenómeno de la acción del hombre por el Estado.

De Gierke arrancan las primeras nociones que, separadas de los conceptos organicistas de su época y racionalmente adaptadas a las exigencias de la evolución del derecho, llevarán a la contrucción de la teoría del órgano. Con las naturales imprecisiones impuestas por las ideas de su tiempo tomará esos conceptos Jellinek dotándolos de mayor rigor técnico en algunos aspectos y lo defenderán en la doctrina germánica Preuss, Laband, Bernatzik, Schlossmann, Stein; en Francia, Mestre, Carré de Malberg, Bigne de la Villeneuve y Michoud le darán respetuoso tratamiento, sin alcanzar a apreciar debidamente su alcance, frente a críticas negativas como las de Duguit y Hauriou, para citar las más importantes. En Italia, Santi Romano, Ferti, De Vales y particularmente éste dos último, recogieron la noción llevandola mucho más allá de los límites alcanzados por los esfuerzos de los autores franceses y, con De Valles, penetrando con mayor profundidad que ningun otro autor en el aspecto técnico. En España la noción del órgano ha sido acogida sin resistencias por la doctrina encontrando tratamiento en todos sus exponentes contemporaneos aún cuando sin intentar el agotamiento de sus posibilidades. No obstante, el caudal bibliográfico especial está muy lejos de corresponder a la importancia del tema y, lo que es más lamentable todavía, no hay en la mayoría de los tratados de Derecho Administrativo como de los programas para los cursos de la asignatura, el sitio que en nuestro concepto corresponde a tan trascendente tema.

5) La literatura jurídica nos pone frente a tres concepciones orgánicas fundamentales: *subjetiva, objetiva* y *técnica.* Es evidente que la concepción *subjetiva* aparece cronológicamente en primer término. La simple observación de la actividad etática ve ésta reflejada en la acción del sujeto, gobernante o funcionario. La porción del Estado en movimiento, pues, se manifiesta como obra del esfuerzo del hombre y la voluntad actuante como expresión de ese mismo sujeto. El órgano se presenta así, concebido y explicado

(16) Ibidem, p. 13.

en función del individuo y lo que hoy es voluntad técnica de la porción estatal, como una fuerza exclusivamente psicológica.

"Un individuo, — decía Jellinek, — cuya voluntad valga como "voluntad de una asociación debe ser considerado en tanto que subsis- "ta esa relación con la asociación como instrumento de la voluntad "de ésta, es decir, como órgano de la misma" (17). "Finalmente, pues, "hay que entender por órgano al hombre, que sea individualmente, "sea en corporación, está habilitado por la Constitución para querer "por la colectividad y cuya voluntad vale por esta habilitación esta- "tutaria como voluntad legal de la colectividad" (18).

Este criterio simplista, además de limitarse a apreciar la exterioridad de la acción orgánica, confunde el sujeto, titular del órgano, con la unidad técnica a la que sirve. Como consecuencia, se identifica la acción volitiva del titular con el poder jurídico de que está investido en esa calidad. Hay una confusión fundamental que, llevada a sus aplicaciones naturales, transformaría la organización en un simple fenómeno de asociación entre hombres asimilando el Estado a la sociedad misma y haría del derecho y de la técnica administrativos una cuestión puramente psicológica.

Hauriou, sin perder de vista al hombre (19) observa que "la "comparación sacada de los órganos físicos corresponde a una realidad "estando los órganos relacionados a la individualidad objetiva de las "instituciones que son una especie de cuerpo físico". Y luego de desvincular la personalidad jurídica de los respectivos órganos expresa "que los fenómenos de la organización en sí no interesan a la persona "moral sino a la individualidad objetiva" (20). El pasaje de lo objetivo a lo subjetivo se produce para este maestro en la acción y no en la organización.

La concepción *objetiva*, siendo más técnica que la subjetiva, encara el aspecto puramente formal de la teoría del órgano, permite apreciar desde el punto de vista externo el fenómeno de la fragmentación estatal, la diversificación en unidades de distinta importancia, pero no va a la estructura misma ni se detiene a considerar los problemas de su actividad.

La que denominamos concepción *técnica* a falta de otro calificativo más adecuado, corresponde a un mejor conocimiento de la teoría del órgano. En la doctrina italiana, y en ciertos aspectos en la española, como veremos luego, se distinguen el oficio ("ufficio")

(17) "Teoría General del Estado". T. II, p. 213.
(18) Carré de Malberg. "Theorie de l'Etat". Tomo II, p. 286.
(19) Conviene tener en cuenta que este autor no encaró a fondo el tema y, por lo tanto, hay en sus obras no solo términos francamente contradictorios sino afirmaciones que no fueron debidamente meditadas. Por exemplo, estudiando la Institución, que le era tan cara, dice que los órganos de ésta "aparecen entonces como hombres en posesión de ciertos puestos o de ciertas funciones que son situaciones establecidas" ("Principes", pag. 171). Surgiría de aquí, si el autor no hubiera expuesto otras ideas, un concepto subjetivo del órgano.
(20) Ver Forti. "Le Dottrine realiste" di Hauriou en "Studi... I, p. 151.

y el hombre. El primero constituye la porción técnica del Estado, la unidad que se esterioriza por sí misma, objetivamente; el segundo, que en la concepción subjetiva aparece como el órgano mismo, está aquí a su servicio. El oficio, por tanto, sin entrar ahora a la apreciación de matices que seran oportunamente indicados, es una porción funcional determinada: el órgano "es el oficio que a traves de la "acción del agente "cumple una función del Estado". El órgano se "presenta entonces como una configuración plástica en el modo de "actuar de un sujeto jurídico" (21).

6) Las tres concepciones que acaban de señalarse se inspiran o apoyan en un elemento y, por lo tanto, son insuficientes. Para nosotros, hay que distinguir el concepto de órgano en sí mismo, estáticamente considerado, de su noción dinámica, vale decir, en actividad. Desde el punto de vista estático el órgano es, según lo hemos dicho, *una porción funcional nominada y definida*. Presenta entonces tres elementos: *forma, nombre* y *contenido*. Desde el punto de vista dinámico hay que agregarle a esos elementos un cuarto, que podríamos llamar su fuerza impulsiva o elemento motor: *el hombre*. Con él, la fracción estatal adquiere vida: sin él, es una cosa, un cuerpo inerte, como decía Jellinek, una abstracción.

De acuerdo con lo expuesto podemos decir, dando ya un concepto definitivo, que *estáticamente* el órgano es una *porción funcional nominada y definida*, o sea una fracción determinada del Estado, una unidad técnica. Dinámicamente a esa fraccón debe agregarse un elemento vivo, el hombre, cuya energía mental y física animan la unidad técnica.

Vamos a estudiar por su orden esos elementos constitutivos.

7) *FORMA*. La forma permite la determinación física o material del órgano. Con ella no solamente aquél se individualiza mediante la adecuada calificación de derecho sino que tambien denuncia su estructura o constitución. El acto de creación del órgano establece expresa o implícitamente su constitución dándole la correspondiente forma. Distinguimos, en consideración a este elemento, los órganos *simples, complejos y mixtos* prescindindo ahora de los "pluripersonales" que serán especialmente tratados en la próscima disertación (22). Los *simples* configuran la manifestación más elemental en la materia, y, por lo mismo, presentan la máxima sencillez. Podríamos decir que son una porción mono-celular del Estado, la unidad técnica por excelencia; disponen de un solo titular, de funciones limitadas y concretas y, segun se desprende de su propia estructura, tienen una regulación técnica y jurídica simples. Los *órganos complejos*, en cambio, son pluri-celulares, para seguir utilizando el símil,

(21) De Valles "Elementi..." p. 71-72. Ya lo hemos dicho e insistiremos al respecto, que la noción de órgano es esencialmente técnica y, por consiguiente, no se reduce a la acción de los sujetos de derecho.
(22) Del autor, "La Jerarquía". N.º 3.

están integrados por otras unidades que pueden ser órganos preeminentes o dominantes, órganos de igual categoría que se mantienen dentro del complejo en posiciones equivalentes y con poderes de la misma índole y órganos secundarios o menores que determinan distintos tratamientos jurídicos y técnicos. Los órganos *mixtos*, finalmente, están constituidos por otros de su misma naturaleza y por fracciones o porciones funcionales de inferior categoría que no alcanzan a adquirir la calidad de órganos. Y esto nos lleva a los conceptos de *cargo* y *oficio*.

8) La palabra *"cargo"* se usa en nuestra disciplina con dos acepciones: la primera, sirve para indicar la posición del titular dentro del órgano; la segunda, para expresar la porción funcional que corresponde a ese titular. Un examen detenido de la constitución orgánica permite afirmar que el cargo no es, en última instancia, sino un órgano imperfecto que caracterizaríamos por la ausencia del elemento formal. El Estatuto de los Funcionarios Públicos Federales del Brasil (Decreto-Ley 1713 de 28 de octubre de 1939) da una definición que reputamos exacta. Los cargos están caracterizados a los efectos estatutarios por su número cierto y denominación propia (23).

Quiere decir que mientras los órganos tienen forma y con ella estructura variable, los cargos responden a un padrón, disponiendo de una denominación que permite precisamente dentro del órgano clasificarlos en cuadros o distribuirlos en líneas y, luego, usarlos en el sistema de acuerdo con su caracterización funcional (24).

El concepto de "ufficio" desarrollado en la doctrina alemana, (25) y luego objeto de especial tratamiento en la italiana, ha sido, como el del órgano, a que accede, encarado en un sentido subjetivo y objetivo. En el primero, es "la obligación de una persona física de realizar "determinada función del Estado"; en el segundo, "una porción determinada de asuntos etáticos, un complejo ideal de atribuciones y poderes" (26). Hay, pues, una evidente identidad entre la noción de cargo y la de oficio (27) identidad que se traduce aún en las

(23) Prescindimos, por ser extraños a nuestro tema, de la calificación de *públicos*, su origen legal y su tratamiento pecuniario. El origen o fuente generadora de órgano fundamenta clasificaciones a las que Jellinek asigna mucha importancia: organos *creados* y de *creación; mediatos* e *inmediatos*. ("Teoría..." T. II. Pags. 218 y Sgtes.) En esta oportunidad no nos ocuparemos de ellos ni otros sumamente interesantes, limitándonos al análisis impuesto por el sumario (Ver al respecto además, Duguit, "Traité..." T. II, pags. 568 y Sgtes.)

(24) Su determinacion cuantitativa, esto es lo que la Ley brasileña llama el "número cierto" diferencia el cargo de las simples funciones indeterminadas que se realizan mediante el uso de incorporaciones de individuos a la actividad del Estado al margen de toda atribucion de competencia y de toda limitación técnica (personal obrero, auxiliares, etc.)

(25) L. Von Stein "Scienza della Pubblica Amministrazione" (Biblioteca Brunialti, pag. 172 y Sgtes.)

(26) De Valles. "Elementi di Diritto Amministrativi" Pag. 62. Algunos autores, como Laband, llegan a identificar el oficio con el órgano.

(27) Las Partidas definian el oficio como "Servicios señalados en que "ome es puesto para servir al Rey o al común de alguna Ciudad o Villa", como lo recuerda Garcia Oviedo, para quien el oficio público es un *centro de actividad* (Derecho Administrativo, 2.ª ed. pag. 273).

acepciones particulares. Para nosotros, según lo hemos dicho, el cargo es un órgano imperfecto al que le falta el elemento formal. Al crearlo, la norma habilitante le da un nombre y, del mismo, como de su categoría, (28) surgen su contenido funcional. Mientras el órgano, unidad perfecta, tiene una porción funcional expresamente establecida, atribuciones concretas, los cargos disponen una actividad fijada con criterio genérico o específico. Corresponde al jerarca, en su caso, entregarles concretamente una o mas funciones.

En el concepto de cargo suele dominar el tratamiento, es decir, la dotación e remuneración, noción que no es técnica en todas sus consecuencias porque pueden existir cargos sin la respectiva dotación (29).

En síntesis, el cargo, órgano imperfecto, representa la posición de un sujeto dentro de aquél y, ontologicamente, una porción funcional, con determinación genérica o específica.

9) En el contenido de la actividad orgánica encontramos, además de las atribuciones asignadas a los órganos simples y a los cargos que puedan integrarlo, un conjunto de funciones en número variable que podríamos considerar indeterminadas, vale decir, no atribuidas concretamente a una unidad técnica. Se trata de tareas de importancia mínima, no permanentes, que solo salen a luz en ciertas circunstancias y, por consiguiente, no están imputadas a un órgano o cargo determinados. Para su ejercicio, por lo tanto, hay que recurrir a órganos o cargos que por razón de afinidad o de oportunidad están en condiciones de actuar secundariamente o, y esto es lo común, entregarlas a entidades de vida fugaz que no integran la organización. Tales son, recurriendo a los ejemplos más corrientes, las llamadas "comisiones" en el cuadruple sentido de la palabra (30).

En ellas, solo por excepción el órgano o el cargo normales aparecen. Dada sua naturaleza, los titulares de esas tareas transitorias no están investidos, en principio, de funciones públicas ni las fracciones estatales que sustentan tienen vida permanente; su existencia se subordina al cumplimiento de las funciones especiales encomendadas y sus condiciones de actuación dependen del apoyo o ambiente que le prestan los elementos permanentes de la organización.

La precedente distinción de los componentes orgánicos tiene tambien una importancia fundamental para el derecho y ciencia administrativos. Los órganos simples, dentro del complejo o del mixto en

(28) Ver del autor "La Jerarquía" Capítulo IV.

(29) En la práctica las dotaciones se determinan siempre en consideración al cargo y no al organo; esto es lo que ha generalizado aquella noción.

(30) En nuestro derecho el vocablo "comisión" se emplea para indicar los poderes o funciones extraordinaria o accidentalmente encomendadas a un elemento permanente (órgano o cargo). (Ver, del autor, "La Jerarquía" N.º 23); las funciones de la misma índole entregadas a entidades extraordinarias o accidentales que carecen de entidad por no haber sido creadas en las condiciones de derecho; en un sentido formal, para individualizar un tipo de órgano, el pluripersonal en ciertas posiciones que no corresponde examinar en este momento y, por último, para señalar una actuación colectiva en determinadas circunstancias, dentro de un órgano complejo, mixto o pluripersonal.

que actúan, soportan un régimen técnico y jurídico distinto al que llamaríamos natural, es decir, regulador de su actividad propia, aislada. Los cargos, por su parte, disponen de principios y normas específicos que modelan su conducta permitiendo así apreciar debidamente la dinámica estatal. Problemas técnicos fundamentales de la centralización y de la descentralización y, en especial, de la organización jerárquica, solo pueden ser resueltos con la aplicación de estas nociones. Desde otro punto de vista, las llamadas compatibilidades funcionales, las acumulaciones de sueldos y la apreciación de las responsabilidades únicamente pueden explicarse en forma con el manejo de estos conceptos que día a día el derecho positivo va precisando (31).

En doctrina se distingue la *acumulación de cargos*, la *acumulación de funciones*, encarada corrientemente con el nombre de compatililidad, y la *acumulacion de sueldos o asignaciones*. Cada una de elas debe estudiarse separadamente. Dos o más cargos pueden ser acumulables sin que por esto proceda necesariamente la acumulación de las funciones respectivas. Unas veses hay un régimen de ejercicio alternado de las funciones; otras, el titular opta por el deber de realizar una de ellas. En el outro aspecto, es posible la acumulación integral de cargos y de funciones sin que exista el consiguinte derecho de gozar los sueldos que corresponden a los distintos cargos y, por último, cabe admitir la acumulación a un cargo de mera función indeterminada, esto es, no atribuida concretamente a una unidad técnica de las que forman el Estado. Tal sería el caso del desempeño de una función transitoria, honorífica, por parte del titular de un órgano determinado. La Constitución uruguaya vigente, prescindiendo de las claras soluciones legales en materia de acumulaciones de sueldos establecidos por Ley, ha previsto para la actividad judicial un régimen de incompatibilidad excepcional en los siguientes términos: "Los cargos "de la judicatura serán incompatibles con toda otra función pública "retribuida; u honoraria permanente, salvo aquellas especialmente "conexas con la judicial" (Art. 224). Surgen de este precepto distinciones terminantes en la materia. En primer lugar, está proclamada la absoluta incompatibilidad de los cargos de la judicatura con cualquer otro de los que componen el Estado, pero tratándose de funciones, es decir, actividades indeterminadas y transitorias de acuerdo con los conceptos antes expuestos, se distinguen las *retribuidas* que quedan bajo el imperativo absoluto de la incompatibilidad, de las *honorarias*. Estas unicas acumulables, siendo permanentes, deben cumplir con el precepto de la conexión con la actividad judicial para que la compatibilidad proceda (32).

(31) El Art. 209 del citado Estatuto dos Foncionarios Publicos Federales del Brasil pontualiza la acumulación de funciones o cargos y cargo y funciones.

(32) La norma constitucional citada ha sido fuente de estudios en nuestra cátedra con motivo de problemas sobre compatibilidad en el orden judicial.

10) Sintetizamos lo expuesto en nuestra disertación diciendo que materialmente el órgano se presenta como una porción o parte del Estado; técnicamente como una fracción funcional y, socialmente como expresión de voluntades particulares del Estado, voluntades que no tienen que adquirir necesariamente trascendencia jurídica. La mayor parte de la actividad estatal es técnica; solo los órganos más perfectos y sensibles salen abiertamente al campo jurídico y actúan como entidades de derecho. La vida íntima de esas unidades estatales, cualquiera sea su calidad o entidad, pertenece al dominio de la tería del órganos que estamos desarrollando.

Segunda Conferencia.

SUMÁRIO:

11) El *nombre*. 12) *Contenido funcional*. órganos mono y plurifuncionales. 12) Principio de la especialidad. Funciones principales, complementarias, auxiliares, dominantes y secundarias. 13) La forma y la estructura. 14) órganos simples y compuestos: complejos, mixtos, pluripersonales. 15) Examen estructural y funcional. 16) Resumen.

---

11) *NOMBRE*. Este elemento, aunque no plantea por sí cuestiones fundamentales, tiene gran importancia dentro de la teoría. Puede decirse de él que significa la calificación jurídica del órgano.

Hay, en efecto, una terminología doctrinaria y de derecho positivo de la que no puede prescindirse en la denominación orgánica. En un orden general ciertas palabras que corresponden a nombres en esta materia indican la naturaleza de la función o el especto dominante de la actividad o la forma de actuación. Tambien el vocablo denuncia la estructura del órgano y a veces su posición institucional (33).

Cada país tiene entidades especiales asignando a ciertas expresiones, que constituyen denominaciones orgánicas, un sentido particular. Un cabal conocimiento de estos hechos permite ir a la exacta calificación jurídica del instituto (34) evitando los graves y frecuentes errores de falsas o ligeras asimilaciones.

(33) La actividad jurisdiccional, por ejemplo, tiene una terminología que puede reputar-se universal para la denominación de sus órganos. Lo mismo ocurre con los servicios militares. Algunas palabras, desde otro punto de vista, se han aplicado tradicionalmente a determinadas funciones como las ejecutivas (alguaciles) y deliberantes (consejos).

(34) En el derecho brasileño — para citar los casos más salientes, — existe un tipo institucional, las entidades autárquicas; en el argentino, los entes autárquicos; en el uruguayo, los servicios descentralizados y entes autonomos; en el chileno, las instituciones semifiscales; en Italia, los entes paraestatales incorporados últimamente a la doctrina y derecho positivos francês y belga y, en Francia, los estabelecimientos públicos y las administraciones personalizadas sin olvidar los "offices" cuya creación en creciente número crítico oportunamente Bonnard. Estas denominaciones tienen dentro de cada régimen jurídico un sentido y alcance propios. Su uso, por consiguiente, importa una calificación juridica del órgano respectivo, y una determinación de su emplazamiento en el sistema.

12) *CONTENIDO FUNCIONAL*. Cada órgano, como unidad estatal, es titular de una porción funcional determinada que se le atribuye por razón de especialización y división del trabajo. Se ha impuesto en el vocabulario jurídico la palabra *"competencia"* para condensar ese contenido funcional. Para nosotros, la *competencia* es una *aptitud de obrar* o, aceptando la definición ya citada de Jèze, un *poder jurídico*. Hay así diferencia entre dicho concepto y el contenido funcional. Aquélla es una exteriorización de éste: *poder* o *deber*, no son más que el ejercicio, la acción referida a la substancia orgánica. La técnica administrativa nos pone en presencia muchas veces de competencias que no corresponden estrictamente al contenido funcional de un sistema orgánico y, a la inversa, de atribuciones funcionales cuyo ejercicio está impedido, limitado o condicionado.

En teoría se habla de órganos monofuncionales o de funciones especiales y órganos generales o plurifuncionales. Por influencia de la doctrina francesa se ha impuesto el llamado *principio de la especialidad* (35) para calificar no propiamente ciertos servicios con una función particular o dominante sino la competencia de las personas morales. Razones obvias obligan a descartar ese criterio que ha respondido más que nada al propósito de separar mejor la posición de la persona jurídica frente a la física o natural en una concepción un tanto antropomórfica de aquélla. Lo que en derecho privado constituye la *capacidad* para las personas naturales, en derecho público es la *competencia* para las entidades estatales. Y bien; siendo la capacidad un principio fundamental solo aparece la limitación, como excepción, mediante normas expresas; la competencia, — creación técnica, — corresponde al ejercicio de funciones que se determinan y asignan en cada acto de constitución orgánica. Por tanto, toda porción estatal, con prescindencia de sua calidad de persona jurídica y de la existencia de un servicio dominante, tiene funciones concretas en principio y una competencia que por ser proyección de éstas, se rigen por igual solución.

La distinción de los órganos en mono y pluri-funcionales tiene, pues, en general, un valor relativo (36). En el derecho uruguayo ese principio de la especialidad ha adquirido mucho desarrollo dando lugar a algunos pleonasmos jurídicos (37) que se explican en cierto sentido porque hay una descentralización para servicios determinados que subraya la especializacion funcional. Sin embargo, como podremos apreciarlo en seguida, no es esto nada más que una cuestión de cuantía funcional regida por los principios generales para la materia.

(35) Michoud, Op. cit. Tomo II, Pag. 151 y siguientes.

(36) Los servicios llamados locales o municipales son por excelencia plurifuncionales. Al constituirlos predomina el interes de satisfazer un conjunto de necesidades en consideración al territorio más que en atencion a una actividad determinada. La distinción entonces de órganos mono y plurifuncionales tiene importancia particularmente para esta categoría de entidades.

(37) Art. 183 de la Constitución.

Teóricamente puede concebirse un órgano elemental, de sencillez máxima, que hemos llamado órgano-unidad, caracterizado por tener un solo titular, una única función y usar una regulación técnica y jurídica simples. Pero "el órgano-unidad solo tiene existencia ideal "manifestándose así aislado como una pieza de estudio". "En la "realidad de la vida institucional nos encontramos por una parte con "una serie de funciones para cada órgano, a veces en un mismo "plano, a veces adjudicadas con variable importancia. Aparecen "entonces las funciones *principales, complementarias, auxiliares, do-"minantes* y *secundarias*. Las primeras, forman el núcleo de la "llamada competencia de un órgano o de una organización. Le dan "sentido institucional y hasta frecuentemente originan su nombre; "las complementarias, como lo indica la palabra, son un desarrollo "y consecuencia de las anteriores y persiguen su satisfacción total "que, de otra manera, quedaría limitada en su extensión o desarrollo. "Las auxiliares desempeñan genericamente un papel pasivo respecto "a las principales y aún a las complementarias; están a su servicio "manteniendo la organización y contribuyendo a asegurar su regula-"ridad y eficacia. Por último, dentro de las principales, se distinguen "las actividades dominantes que forman la parte esencial del servicio "y las secundarias, es decir, aquéllas puestas en un plano de menor "importancia que las anteriores pero sin ser su complemento ya que "tienen propio sentido y alcance" (38).

Aún aquellos órganos que por calificación constitucional o legal tienen una función única necesitan realizar funciones auxiliares no solamente para mantenerse como tales, en lo vegetativo, sino para asegurar la eficacia, en el orden de relación, de sus funciones naturales. Podríamos concretar estos conceptos expresando que el monofuncionalismo es una noción teórica pudiendo admitirse como expediente para caracterizar aquelos órganos o organizaciones con una función preeminente o dominante. En la siguiente clasificación desarrollamos estas ideas:

Funciones

ÓRGANOS PLURIFUNCIONALES { Principales { Dominantes / Secundarias } / Complementarios / Auxiliares }

(38) Del autor, "La Jerarquía". N.º 19.

ÓRGANOS MONO-FUNCIONALES { Principales / Complementarios / Auxiliares }

13) Al estudiar la *forma* vimos que ella se proyecta sobre la estructura del órgano. Cabría decir en tal sentido que es la modeladora de aquellas entidades. Pero al presionar al órgano para imprimirle su figura tiene que respetar por razones que podríamos considerar materiales o físicas las fuerzas internas desenvueltas por el contenido funcional. Por eso expresabamos que la estructura orgánica es el efecto o resultante de la conjunción de ese elemento externo "forma" y del elemento interno "función".

Estudiaremos ahora la estructura y luego el funcionamiento del órgano, teniendo en cuenta la totalidad de sus elementos.

14) Los órganos, estructuralmente, pueden dividirse en *simples* y *compuestos* y, éstos, por su parte, en *complejos mixtos* y *pluripersonales*.

El *órgano simple* es, — insistimos, — la expresión técnica más reducida y elemental. Le corresponde únicamente un titular, esto es, usa una sola voluntad humana para el desenvolvimiento de su acción. La voluntad orgánica de esta manera se identifica con la acción del hombre que es su sosten y tanto en su aspecto técnico como material refleja objetivamente ese esfuerzo natural. La fundamentación y el procedimento en el campo administrativo se reducen en principios a un proceso psicológico que adquirirá forma y trascendencia jurídica en la etapa final del acto. Hay, pues, con un contenido funcional simple, una competencia de igual índole, una forma orgánica elemental, un procedimiento de actuación de identico carácter, y, con la existencia de un titular único, una sola voluntad humana coincidiendo virtualmente con la voluntad técnica. Representamos gráficamente esta entidad en la sencilla forma geométrica de la figura N.º 1.

Los *órganos compuestos* que se dividen en complejos, mixtos y pluripersonales, responden a otros conceptos de mayor entidad técnica que de inmediato examinaremos.

El *órgano complejo* está contituido por la suma o agrupación técnica de otros de su misma índole. Según la importancia de cada uno de los componentes o su posición institucional o el papel que le corresponde dentro del sistema, es posible separar cuatro grupos típicos que representamos en las figuras señaladas con los números 2, 3, 4 y 5. Hay un primer tipo en el que los componentes se encuentran en un completo pie de igualdad y, por consiguiente, sometidos a un tratamiento jurídico y técnico uniforme. Hemos materializado estos conceptos en la figura N.º 4.

En ciertos casos existe un órgano dominante o principal con atribuciones fundamentales dentro del grupo que hasta puede llegar

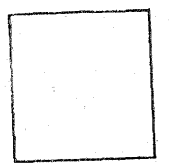


Fig. 1

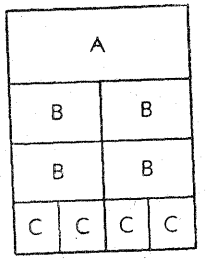


Fig. 2

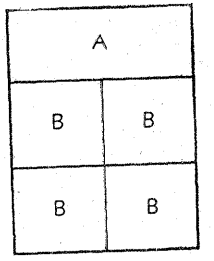


Fig. 3

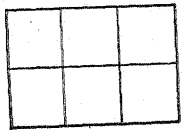


Fig. 4

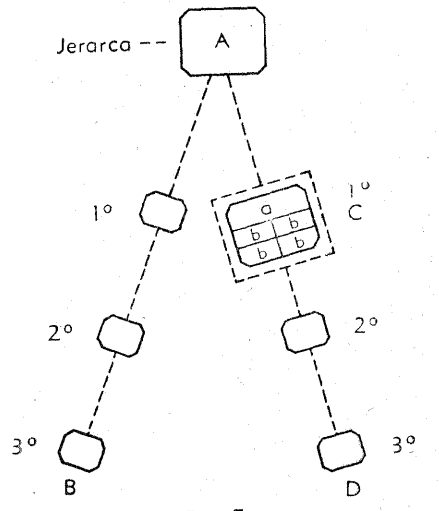


Fig. 5

a ser esencial para su contitucion o para su funcionamiento, hallándose los demás, que son así secundarios, dentro de un igual tratamiento técnico y jurídico. Encontramos la expresión gráfica de este tipo en la figura 3 donde está el órgano preeminente señalado con la letra A y los réstantes, dentro de su uniformidad, con la B.

Otras veces, existiendo tambien un órgano preeminente (señalado con la letra A en la figura N.º 2) hay otros colocados en distintos planos (letras B y C de la misma figura N.º 2) que tienen tratamien-

tos técnicos y jurídicos perfectamente diferenciados. Resulta fácil apreciar que aqui tanto la estructura como el funcionamiento adquieren mayor rigor técnico.

Por último, tenemos dentro de los complejos y mixtos los llamados órganos jerarquizados, esto es, agrupaciones orgánicas unidas por el nexo técnico de la jerarquia. Por sus características, contenido y excepcional importancia en la ciencia y en el derecho administrativos este tipo orgánico ha merecido especial consideración estudiándose separadamente (39).

Los *órganos mixtos* se integran por uno o mas órganos simples y por unidades de menor categoría institucional, los cargos, que actuán dentro de él en condiciones especiales que serán indicados al encarar los problemas del órgano pluripersonal.

Debe entenderse que mientras el *órgano complejo* es una agrupación de órganos simples que no se diluyen en principio dentro del conjunto; en el órgano mixto los cargos, por ser precisamente unidades imperfectas según ya lo hemos establecido, aparecen absorbidos por el todo (40).

Por último, tenemos los órganos llamados *pluripersonales* que exigen particular atención no solamente por sus problemas intrínsecos sino tambien por la aplicación que tienen en general sus principios en el funcionamiento de los demás tipos.

El nombre de *pluripersonal* asignado a cierta categoría orgánica, hemos dicho, tiene una significación muy particular (41). En efecto, todo órgano que no sea simple, es decir, los compuestos en general, incluyendo los sistemas jerarquizados, tienen que estar integrados forzosamente por más de un titular, lo que se traduce en un conjunto de personas físicas. En la relación jerárquica a cada persona, en principio, corresponde el desempeño de una fracción funcional que dispone de individualidad técnica, de tareas específicas o, por lo menos, determinadas. Domina así lo estructural de la noción de cargo quedando el individuo en un segundo plano. En los *órganos complejos* se presenta el mismo fenomeno puesto que aún cuando la voluntad organica se exterioriza como obra de la conjugación de las voluntades particulares integrantes en determinadas condiciones, los componentes, *órganos,* están tambien en un plano de preferencia. En cambio, en los órganos llamados *pluripersonales* por la doctrina,

(39) Del autor, "La Jerarquía". La organización jerárquica tiene formas y principios especificos que la desbordan del concepto de órgano complejo o mixto pero en una sistemática no puede omitirse porque es necessario determinar la posición y las condiciones de funcionamiento de los órganos complejos o mixtos que puedan integrar el sistema. Diremos ahora, por razones de método, que mientras en los órganos compuestos en general cada uno de sus componentes actúa en función directa e inmediata de un todo en el régimen jerárquico hay uno que tiene la representación directa e inmediata del conjunto, el "jerarca", moviéndose los demás por impulso de su voluntad técnica.

(40) No estudiaremos ahora un tipo particularísimo de órgano en cuya composición puede entrar todavía otro órgano complejo, ya sea representado por uno o más de sus componentes y excepcionalmente, por el todo.

(41) Del autor, "La Jerarquía" (Capítulo IV).

y a los efectos ocurre lo mismo en los cargos que integran los *mixtos,* las unidades referidas no tienen una función concreta, carecen de personalidad técnica, actuán en una indiferencia funcional de tal modo que predomina sobre lo formal lo subjetivo, acentuándose la importancia del individuo que se dibuja claramente sobre el fondo de los cargos. De ahí la denominación de *pluripersonales* dada a esta especie orgánica.

En los *órganos pluripersonales* hay una voluntad orgánica que sobrepasa las correspondientes a los cargos componentes. La voluntad de cada titular, como expresión de la del cargo, contribuye a formar la del órgano pero el cargo, sin personalidad técnica, aparece diluido en él, es decir, vale por él y en él; separado o aislado, nada importa.

En los *órganos complejos* cualquiera sea el tipo, cada unidad componente, si bien contribuye a expresar la voluntad técnica del todo, mantiene una personalidad, conserva su entidad y desempeña en la mecánica del sistema papeles variados casi siempre definidos. Solamente cuando por excepción existe un tratamiento uniforme para ciertos tipos organicos componentes aparece la indiferenciación y entonces, sin perder su voluntad intrínseca, sin ser absorbidos, sus condiciones de actuación en el grupo se regulan por los principios generales del órgano pluripersonal.

Surgen de estas nociones importantes consecuencias, tanto para el estudio de la estructura en sí como para el funcionamiento orgánico (42).

15) Dentro del margen impuesto por esta disertación entraremos al analisis comparativo, bien somero por cierto, de la posición técnica de las unidades y el funcionamiento de los distintos tipos orgánicos.

Vimos ya que en el *órgano simple* la actividad del titular, tanto

(42) En el derecho uruguayo el Consejo de Ministros plantea un interesante problema respecto a la determinación del tipo orgánico a que pertenece. De acuerdo con el Art. 174 se integra el Consejo de Ministros *con los titulares* de las respectivas carteras o quienes hagan sus veces (para nosotros, Sub Secretarios) y "actuará bajo la presidencia del Presidente de la República, quien tendrá voz en las deliberaciones y voto en las resoluciones que será decisivo para los casos de empate aún cuando éste se hubiere producido por efecto de su propio voto". Dejando de lado la cuestion, — en nuestro concepto resulta en sentido afirmativo, — de sí la Presidencia de la República integra o no el Consejo de Ministros, nos encontramos con el problema de su estructura en el aspecto rigurosamente técnico. A estar a la expresión literal del constituyente el Consejo de Ministros se formaría por el *Presidente de la República* y *los titulares* de las respectivas carteras, vale decir, *no por los órganos* Presidencia de la República y Ministerios sino por sus titulares respectivos que ocuparíam técnicamente los cargos. En esas condiciones se trataría de un *órgano pluripersonal.* Si se intendiera que se compone de la Presidencia de la República y los titulares de las carteras (conjunto de cargos) sería un órgano mixto y, por último, si siguiendo los principios que estamos desarrollando y teniendo en cuenta el léxico constitucional, se entiende que el Consejo de Ministros está integrado por los órganos Presidencia de la República y Ministerios, tendríamos que considerarlo un *órgano* del cargo respectivo, es esencial y desempeña un papel preeminente. En efecto, el Consjo de Ministros actúa bajo la presidencia del Presidente de la República; luego, en ausencia de éste, no está en condiciones de funcionar ya que no puede aquél ser constitucionalmente sustituído. Es esencial, pues, este órgano simple y es preeminente su posición en el complejo, en otras raziones, porque decide en los casos de empate.

física como mental, aparece objetivamente identificada con la del órgano respectivo. El proceso de formación de la voluntad técnica es un fenómeno psicológico que recién se materializa al formalizarse el acto. En los órganos compuestos, tanto *complejos, mixtos* como *pluripersonales,* el funcionamiento y, por conseguiente, la formación de la voluntad orgánica, responden a otras soluciones (43).

En primer lugar, el proceso psicológico de cada uno de los titulares o componentes no desempeña ningun papel directo o inmediato en la formación de la voluntad del todo porque aparece un elemento técnico, la *deliberación,* que viene a sustituirlos. Cada voluntad natural se vuelca en la deliberación de tal manera que solo participa expresada técnicamente en la voluntad orgánica posterior. La deliberación es, pues, de esencia en todo órgano compuesto (complejo, mixto o pluripersonal). Las unidades pueden encontrarse a traves del proceso de formación de la voluntad orgánica en muy distintas situaciones según sea el tipo del órgano y hasta las soluciones excepcionales del derecho positivo (44) pero siempre actúan en funcion del todo a traves de la deliberación para llegar a la formalización de su voluntad mediante la aplicación del *principio mayoritario.* Aquélla es, pues, no el reflejo de una o más voluntades psicológicas sino, mediante una "fictio juris" la manifestación volutiva del conjunto (45).

De acuerdo con el principio mayoritario la voluntad del órgano es el resultado de un numero coincidente de voluntades particulares de las que componen el todo ("quorum"). Las expresiones volitivas contrarias a las de esa mayoría, como las de los titulares ausentes, quedan absorbidas por ella. No se trata de una exclusión de voluntades determinadas, ni de sustitución de voluntad hecha por un tercer órgano, como ocurre en el orden jerárquico. Las voluntades de los órganos o cargos se funden en otra que corresponden al órgano como unidad madre y que no es ni sustitutiva, ni excluyente, ni dominante sino sencillamente expresion específica de la voluntad del ente compuesto.

En segundo lugar, esas unidades componentes se encuentran en posiciones distintas tanto dentro del órgano compuesto como del sistema orgánico en que aquél se halla. En el *órgano pluripersonal* cada cargo está totalmente absorbido por la unidad madre y, por consiguiente, no hay diferenciación técnica y jurídica alguna en el

(43) Dejamos de lado ahora la mecánica de las organizaciones jerarquizadas porque en ellas, de acuerdo con principios específicos y de conformidad con lo ya dicho, aún cuando se manifiesten las voluntades de los titulares correspondientes a las distintas unidades del sistema se reputa que orgánicamente no hay más que una voluntad: la del jerarca.

(44) Por exemplo, allí donde hay un órgano o un cargo esencial la ausencia de su titular impide da instalación y funcionamiento del órgano compuesto; otras veces, un órgano, por excepción un cargo, tienen derecho de iniciativa privativo o intervención necesaria en las deliberaciones o voto preceptivo. En tales casos la formulación de la voluntad organica se rige por soluciones particulares.

(45) D'Alessio. "Diritto Amministrativo", pag. 249.

tratamiento, salvo el puramente accidental y de orden, impuesto por el mecanismo de la deliberación y, excepcionalmente, por tareas circunstanciales ("comisiones", etc.). Esta indiferenciación en el orden interno, como la total ausencia de entidad de las partes hace que, fuera del órgano, tampoco tenga cada unidad valor alguno. Los cargos directivos (Presidencia) o burocráticos (Secretarios) responden a un principio distinto que el de la supremacía o preeminencia que caracteriza a la relación jerárquica.

En los *órganos complejos,* como en los simples que forman *los mixtos,* si bien desde el punto de vista interno tinen en general aplicación estos principios, las unidades respectivas no están disueltas y, por lo tanto, fuera del sistema mantienen su entidad técnica intrínseca, sin olvidar como ya lo hemos hecho notar, que pueden tener un papel especial dentro de la unidad que componen.

En tercer lugar, las unidades de los órganos compuestos al quedar absorbidas por éstos toman una posición relativa en el sistema. En la figura N.º 5 concretamos un grupo orgánico jerarquizado constituido por dos líneas. La línea A-B esta formada exclusivamente por órganos simples que se presentan colocados en tres grados; la línea A-D se constituye por un órgano compuesto, C, colocado en primer grado, y dos órganos simples subordinados, de 2º y 3er. grado. Veamos a grandes rasgos las situaciones posibles. Empecemos por afirmar que técnicamente se manifiesta como componente del sistema el órgano C (sea complejo, mixto o pluripersonal) y no cada una de las entidades componentes. Por lo tanto, los órganos simples subordinados (2º y 3er. grado) lo están con respecto al órgano compuesto C sin relación directa o inmediata con ninguna de las entidades que puedan integrarlos. Por las mismas razones, la subordinación con respecto al jerarca A es del órgano C en conjunto y no particularmente de sus componentes. Pero es posible que en el órgano C actúe un órgano simple del mismo sistema, ya sea de la línea A-B como de la línea A-C. En este ejemplo sería el señalado con la letra *a.* En tal caso el órgano *a* tiene una subordinación propia segun la línea y el grado que ocupe pero, dentro del órgano C no tiene subordinación alguna ni subordina a sua vez porque lo que vale técnicamente es el órgano compuesto C y no cada una de sus unidades. El valor aislado de ese órgano *a* se aprecia por su posición institucional fuera del órgano compuesto (46). De igual manera, para determinar el grado en la línea jerárquica A-D se tiene en cueta el órgano compuesto C y no sus elementos. Por eso éstos (*a-b*) no están individualmente en grado alguno, ni se computan al efecto salvo, demás está decirlo, que puedan estar en esa o en

(46) El derecho positivo puede establecer tratamientos de excepción que no podemos estudiar ahora en detalle.

otra línea con propia posición pero entonces su tratamiento es particular, sin consideración al órgano compuesto (47).

16) Creemos, con esta rápida exposición, haber destacado por lo menos, la importancia que para la técnica administrativa y para el derecho que la regula tienen la estructura y el funcionamiento orgánico. A traves del examen comparativo de los distintos tipos se percibe la complejidad de la actividad orgánica y se subraya la necesidad de dar a cada una de las unidades componentes, por si misma y en consideración al sistema, su adecuado tratamiento técnico y jurídico. Desde el punto de vista estático cada tipo orgánico se revela en su estructura con caracteres bien definidos de los que no puede prescindir el derecho sin caer en la confusión y trabar la actividad del Estado o afectar su eficacia. Desde el punto de vista dinámico esas porciones traducen la voluntad estatal en distintas condiciones y, por lo tanto, exigen la aplicación de soluciones particulares. Cada unidad requiere — y esto ocupará nuestra atencion en la proxima disertación, — el esfuerzo de uno o más individuos actuando en condiciones distintas, desde el órgano simple que aparece objetivamente identificado con su titular, hasta los órganos mixtos que tienen en su seno unidades heterogeneas. Para que la voluntad orgánica en estos casos responda a las exigencias de su creación es necesario regular adecuadamente su proceso de formación y determinar con rigor científico el acto culminante de su formulación. Sin el conocimiento de los principios fundamentales de la teoría, pues, la vida técnica y jurídica del órgano que, es en suma la del Estado, queda reducida a una mera apreciación objetiva de la conducta de los hombres a su servicio o, cuando mucho, al examen de algunos elementos puramente formales.

Terceira Conferencia.

SUMÁRIO:

17) La voluntad orgánica. Imputación de la voluntad al órgano. 18) Posición del hombre em la unidad orgánica. 19) Procedimientos de imputación de la voluntad. 20) Voluntad psicológica y voluntad técnica. Responsabilidad funcional y personal. Obediencia debida. 21) Conclusión.

---

17) *LA VOLUNTAD ORGÁNICA.* "El Estado, dice Ranelletti, "desde el punto de vista social y jurídico es una unidad abstracta y

(47) No nos detenemos tampoco a encarar particularmente los problemas de cada uno de los tipos orgánicos ya indicados porque ello haría desbordar el material fijado para las presentes disertaciones. Un desarrollo ulterior no prescindirá de esos matices con tantas derivaciones tecnicas.

"como tal no tiene una vida natural, fisiológica o física propia" (48). Como creación técnica del hombre, agregamos, no es más que una expresión.

Eu su momento distinguimos el concepto estático de órgano, del dinámico. El primero está simplemente determinado por la Constitución o la Ley y expresado en el cuadro de las instituciones mediante la mera individualización nominal o estructural; el segundo, se nos presenta en el campo de la realidad, impulsado por fuerzas de que carecían aquéllos. Esa energía mental y física de debe a un nuevo elemento animado: el hombre, cuya incorporación genera múltiples y difíciles problemas para nuestra disciplina.

Mientras en todos los órdenes naturales, la actividad, la fuerza vital, la energía que mueve a las unidades están en ellas y son de su esencia, en el orden técnico hay que recurrir para la acción a una fuerza extraña, que solo se domina por fórmulas científicas que no alcanza a consustanciarse integralmente al cuerpo que impulsa. Kelsen, estudiando precisamente la teoría del órgano, concreta en esta bella imagen la idea de la vida como fuente de energía: "Se "dice que el árbol florece aun cuando no haya más que una flor "en un tallo de una sola de sus ramas; y por pequeño que sea el "movimiento molecular que circula a traves de esas partículas es "siempre el árbol entero el que vive en ellas" (49).

El órgano, como expresión de la técnica jurídica es, repetimos, una mera entidad: "non habet animam" (50). La vida entonces se obtiene tomando al hombre como instrumento. "El Estado, — "decía Jellinek, — solo necesita la voluntad que haya de representar "la suya, pero no puede obtener esa voluntad sin tomar al hombre "que totalmente la representa. Así es que la disyunción de esa "voluntad de la del Estado solo puede hacerse mediante una opera- "ción lógica y no, digámoslo asi, quirúrgica" (51).

Hay, pues, que explicar el próceso de incorporación del hombre al órgano desde un punto de vista rigurosamente técnico, o en otras palabras, determinar el procedimiento de que se vale el derecho para usar su energía mental y física imprimiéndole así vida a la unidad abstracta. A esto responde lo que se llama corrientemente y con cierta impropiedad imputación de la voluntad al órgano.

Un examen analítico de este tema nos lleva a la puntualización de tres aspectos: primero, el relacionado con la posición que ocupa el hombre dentro del órgano; segundo, el referente a la naturaleza del procedimiento de su incorporación y, tercero, el correspondiente

(48) "Gli organi dello Stato (Concetto, Natura, Rapporti) en Rivista di Diritto Pubblico. Año 1909. I, pag. 17 y Sgtes.
(49) "Teoría General del Derecho", pag. 346.
(50) Ruy Cirne Lima. "PREPARAÇÃO A DOGMATICA JURIDICA", "A Noção de Pessoa Juridica". Pag. 25.
(51) Op. Cit. Tomo II, pag. 240 (en nota).

a las relaciones entre la conducta de ese ser y la actividad del órgano a que sirve. Esto último nos pone frente a la discriminación de la *voluntad psicológica* o *natural* y de la *voluntad técnica* u *orgánica*.

18) Es evidente que desde el punto de vista objetivo el hombre, y, por consiguiente, su voluntad, aparecen como expresión de la vida orgánica. Pero mirada detenidamente la estructura de aquella unidad: ¿cual es la exacta posición del hombre en ella? Para unos, y no necesitamos decir que nos referimos a los autores que tienen una consepción predominantemente objetiva, el hombre domina a tal extremo que, recurriendo a la usada expresión de Luis XIV el órgano es el individuo: "El Estado soy yo". Si se elimina, pues, al individuo, el concepto de órgano desaparece y se está o frente a un "oficio" en la acepción doctrinaria italiana ya señalada o a una entidad de menor categoría. De lo expuesto a traves de nuestras disertaciones fluye la objeción capital a tal concepto. El órgano tiene existencia y entidad perfectas con total exclusión del titular. La permanencia de las instituciones frente al inevitable cambio de los hombres y, por lo mismo, la existencia del órgano como tal con exclusión de sus posibles titulares, origino la clásica paremia que recuerda con mucha oportunidad Jellinek: "Le roi ne meurt pas". En otros términos, el órgano estático tiene una existencia asegurada por encima de toda consideración, al titular y se mantiene según los casos a traves de los siglos desempeñando los hombres, contrariamente a lo que resultaría dè esta noción que estamos examinando, un papel de segundo plano. En el órgano dinámicamente encarado, en cambio, el hombre desempeña un papel fundamental pero no puede decirse en nuestro concepto que lo absorba o lo domine.

Jellinek, aún dentro del subjetivismo de su concepción orgánica, observaba, como lo recuerda Ferrara, que "las objeciones que han sido hechas al concepto de órgano dependen de no haber agudamente distinguido dos nociones: el órgano, del portador de la calidad del "órgano (Organträger") (52).

El hombre sería el sosten o soporte (träger) del órgano, acaso, materializando el concepto, su elemento vertebral o de sustentación. Entrendemos, siempre que se mantenga la distinción entre órgano estático y órgano dinâmico y que no se le dé a la palavra "träger" una acepción lata, que esta noción de Jellinek nos lleva a la solución correcta. Para nosotros, efectivamente, siendo el órgano una creación técnica, el hombre no puede encararse o considerarse en él sino como una pieza más, como uno de sus elementos estructurales, imprescindible, eso sí, para la dinámica del Estado. Las partes o porciones orgánicas se vindulan dentro de un orden de relaciones técnicas que por excepción son jurídicas. El individuo, por lo tanto, una

(52) "Il concetto di Organi delle Persone Giuridice" en Rivista di Diritto Pubblico" Año 1911 I, pag. 60.

vez incorporado al órgano, tiene disuelta su individualidad natural para transformarse en un elemento técnico. Muchas de las confusiones existentes en la mal llamada teoría de la función publica provienen precisamente del error de dejar al hombre dentro del órgano en la plenitud de sus derechos y darle allí la categoría de un sujeto cuando no es nada más que un elemento.

A medida que avencemos en el tema resultarán más justificados estos conceptos.

19) En segundo lugar, hay que estudiar la naturaleza del procedimiento de imputación de la voluntad al órgano. Resulta tarea dificil sin duda la de explicar científicamente y resolver por reglas de creación humana esta inyección vital que en el orden biológico es un simple fenómeno.

Fuera de la teoría del órgano se ha recurrido a un conjunto de soluciones, desde luego insuficientes, que en forma breve enumeraremos de inmediato.

En un primer momento se redujo a nexos personales todo lo referente a las relaciones entre el individuo y la unidad estatal a que servía. Los funcionarios están vinculados al monarca o emperador y desenvuelven su acción de acuerdo con los conceptos que predominan en el orden jurídico de cada país. En el derecho inglés, por ejemplo, se recurrió preferentemente a la noción civil del mandato transformándose así el procedimiento de incorporación del funcionario al Estado y la situación subsiguiente, en una relación contractual privada. En Alemania, acentuándose el principio de autoridad, se establecen igualmente nexos personales entre monarca y agente pero entonces priva la idea de delegación que sale del campo del derecho comun. En Francia se acpetó tambien al principio el carácter jurídico de la relación entre el funcionario y el Estado recurriéndose al mandato y a la representación pero atenuados o alterados para su adecuada aplicación en el derecho público con caracteres o elementos en los que el criterio personal de los autores disponía de amplio margen. Hoy tiene primacía el concepto de estatuto o de régimen estatutario como regulador de la función pública haciéndose del acto-condición el expediente para incorporar el hombre al servicio del Estado.

Hay a esta altura un afinamiento en los conceptos aunque no se llega aún a la profundidad y extensión que caracterizan la teoria del órgano. El acto-condición determinaría el procedimiento para imputar la voluntad del sujeto y el régimen estatutario calificaría la situación posterior del titular. Obsérvese que estas dos etapas o partes del fenómeno se presentan como jurídicas y, por lo tanto, hacen que el titular se mantenga dentro del órgano con su personalidad de derecho. Todo lo que hay de técnico en la función pública está olvidado y, llaménosle régimen estatutario o califiquémoslo como una figura jurídica especial, lo cierto es la situación es puramente

de derecho. ¿Para qué, entonces, crear un órgano o un instituto y determinarle competencia si luego por un simple procedimiento de derecho se les puede crear obligaciones específicas a los funcionarios asegurándose la vida funcional del Estado?

Henri Bonneau recuerda que la doctrina alemana distingue por una parte el contrato de función pública "como acto de investidura al individuo de la calidad de funcionario sin que el Estado tenga necesidad a este efecto de recurrir a todas las fuerzas de su poder y, por otra parte, el acto unilateral en virtud del cual el Estado atribuye al funcionario su competencia e impone a ese respecto su voluntad con toda la fuerza de su poder de mando" (53).

Hay un paralelismo en el aspecto procesal entre la concepción francesa del acto-condición y esta distinción dela doctrina alemana entre investidura y atribución de competencia. Pero nos encontramos siempre con una valoración exagerada del derecho frente a una cuestión que es esencialmente técnica. Se hable por un lado de regimen estatutario para determinar la situación del individuo incorporado a la función pública y se explica ésta mediante un acto-condición. ¿Pero, es que el individuo y, a su vez, el Estado, crean una simple situación o relación jurídica entre ellos? No, lo esencial, lo fundamental en ese proceso es la incorporación del hombre al servicio del Estado. La relación jurídica entre ambos es un medio y una consecuencia necesaria e importante pero que está en un segundo plano. Puede decirse hasta cierto punto lo mismo respecto a la doctrina alemana, aunque allí se avanza un poco más al distinguir la investidura de función de la posterior atribución de competencia. En realidad, la atribución de competencia se opera generalmente, no por un acto posterior ni por una manifestación de voluntad expresa, sino por el hecho mismo de la incorporación al órgano. Toda investidura supone la existencia de un órgano y todo órgano tiene por naturaleza un contenido funcional. Ergo, la atribución de competencia solo excepcionalmente, en los casos de modificación orgánica o de tareas particulares, tiene lugar con caráter particular. En suma, se quiere explicar por la vía exclusivamente jurídica un fenómeno que es fundamentalmente técnico. Estos actos jurídicos de investidura, lleven el nombre de contratos especiales o llámense acto-condición, como las ideas madres de representación o mandato, no tienen verdadero sentido si se analizan detenidamente.

Empecemos por recordar que todo acto jurídico requiere por naturaleza la existencia de dos sujetos. Y bien; creado el Estado ¿cómo se realiza el milagro de designar al primer titular, pregunta Michoud, no existiendo un sujeto de derecho en situación de actuar? Habría que partir entonces de una primera explicación, de un "fiat"

(53) "La Nature Juridique du Contentieux de Traitements et Pensions". En Revue do Droit Public. Año 1947, pag. 303.

jurídico que no puede ser el fundamento de ningún desarrollo posterior. En segundo lugar, como lo hemos subrayado, la mayor parte de los órganos o unidades estatales no salen a la vida del derecho, no tienen la calidad de persona jurídica. Resultaría entonces que mientras la técnica le niega la personalidad de derecho a un órgano su titular está actuando como un sujeto de derecho y en representación del Estado.

Lo que hay en el fondo es que no se tiene una exacta medida para determinar la posición del hombre al servicio del Estado. Observa Kelsen que la totalidad hombre no se disuelve en el sistema de la sociedad o del Estado. Cuando un sujeto se incorpora a un órgano le da una parte determinada de sí pero mantiene su individualidad en el plano correspondiente. Se reduce el problema, pues, a trazar para cada plano de actividad humana el adecuado régimen. El hombre designado funcionario público da al órgano pertinente las energías mental y física que el Estado utiliza como un elemento de aquella unidad. Por eso mismo no le trae su cuerpo o masa de derechos ni puede presentarse como tal normalmente dentro de las ralaciones orgánicas (54).

En conclusión, frente al Estado, el hombre tiene un conjunto de nexos jurídicos. Uno de ellos puede ser la llamada relación funcional pero ese hombre, como sujeto de derechos funcionales, es algo completamente distinto a su voluntad y a su energia física como titular de un órgano. La ausencia o el olvido de esta separación entre lo técnico y lo jurídico llevó, aún a grandes maestros, a pecar por ligereza (55).

No se trata de traer alambicadas nociones como se ha sostenido, sino, contrariamente, de eliminar retorcidas concepciones jurídicas

(54) Una simple enumeración de situaciones jurídicas nos lleva fácilmente a las soluciones deseadas. El *hombre* aparece en primer lugar, como unidad humana, en calidad de depositario de derechos fundamentales que tinen un reconocimiento universal y que mientras el derecho desempeñe su auténtico papel tendrán que estar por encima de toda posibilidad de absorción o negación por el Estado; ese mismo hombre tiene luego un tratamiento especial según el lugar que ocupe en el planeta, como *habitante*, y, dentro de ese territorio, pero en función política, un régimen jurídico particular en su calidad de *nacional* que le permite el ejercicio de las potestades de la ciudadanía en su doble aspecto esencial de elector y elegible; luego, usufructúa un régimen jurídico como *administrado*, en el que se encuentra específicamente determinada su calidad de *usuario* de servicios públicos. Puesto a actuar por el Estado tiene una calidad jurídica distinta. Es, como parte del órgano, uno de sus elementos técnicos pero como titular de un conjunto de derechos un sujeto que puede, si se siente afectado en ellos, reivindicarlos. El derecho positivo le da una serie de facultades y deberes, de beneficios y cargas. El funcionario, como asiento de esos derechos y deberes, es una persona jurídica frente al Estado y puede reclamar su cumplimiento. Como hombre, habitante o ciudadano, está habilitado tambien frente al mismo Estado para reivindicar sus potestades de tales. Pero como titular de un órgano ese hombre no es nada más que un elemento técnico, una parte de la unidad a la que debe servir imprimiéndose vida de acuerdo con los atributos de la misma.

(55) Frente a la distinción de Jellinek, que hemos citado, de que la disyunción de la voluntad del titular de la del Estado debe hacerse mediante una operación lógica y no, digámoslo así, quirúrgica, y que la voluntad orgánica está destilada de la voluntad individual, Meyer, limitándose a la transcripción de frases truncas, terminaba diciendo: "Así, se destila del representante una porción de voluntad y luego se le rechaza. Ya no hay necesidad de él. Todo esto para nosotros pertenece a la mitología". (Droit Administratif Allemand". Tomo IV. Pag. 288).

para ir a la aplicación de las soluciones técnicas requeridas por el fenómeno.

Terminamos deciendo que el proceso de incorporación del hombre al órgano es esencialmente técnico y que las relaciones jurídicas que puedan manifestarse entonces se refieren en principio al orden especial de los derechos funcionales o a la regulación del órgano y no al titular como parte del órgano.

20) *VOLUNTAD PSICOLÓGICA Y VOLUNTAD TÉCNICA.* En tercer lugar, la llamada imputación de la voluntad orgánica nos lleva finalmente a distinguir la voluntad del titular (psicológica) de la voluntad orgánica (técnica). Aquélla pertenece al orden natural; ésta al órden científico. ¿Cuál es la relación entre ambras en el juego de la acción estatal? ¿Puede una privar sobre la otra?

Hay autores para quienes estos problemas no existen. Miceli (56) luego de un rápido examen de ciertos aspectos de la teoría orgánica concluye expresando que entiende haber convencido al lector de "que ya es tiempo de volver definitivamente a la buena doctrina "jurídica que conduce a considerar al funcionario público como ver- "dadero representante de la voluntad del Estado abandonando toda "esta artificiosa doctrina de los órganos". No advierte el ilustre maestro que al decir que los funcionarios son representantes del Estado transforma a éste en una masa de relaciones jurídicas eliminándole todo lo que tiene de estructural y de técnico.

Como realidad, el Estado se nos presenta fragmentado en unidades técnicas y como realidad tambien esas unidades tienen poderes jurídicos completamente distintos a los naturales de sus titulares. Luego, la voluntad psicológica o natural del titular del órgano, como tal, debe ser coincidente con la voluntad técnica en condiciones normales. La simples afirmación de coincidencia supone el reconocimiento de su diferenciación. Apenas el órgano sale de su esfera, — decía Gierke, — vale jurídicamente no como órgano sino como individuo o suma de individuos (57).

La voluntad técnica está perfectamente limitada por las normas de derecho, determinada en su sentido funcional por la finalidad del ente; la voluntad psicológica se presenta como subordinada o afectada a aquélla. Pero como las fuerzas naturales no pueden ser dominadas por el hombre sino en cierta proporción, siempre la voluntad psicológica marcará una pequeña diferencia, en más o en menos, con la técnica. Por otra parte, más allá del orden normativo, de la regulación científica, cada hombre tiene una fuerza expansiva particular, una personalidad que quedará en el órgano como algo fatal e inevitable, imprimiéndole ciertos rasgos propios. No olvidemos, pues, que la teoría del órgano, como todo sistema estructurado por el hombre, tiene un grado de perfección relativa; la eficacia de los servicios estatales se manifiesta según el grado del dominio de la voluntad técnica sobre la voluntad psicológica. Pero una de las reglas madres en la teoría es, para nosotros, la existencia de fórmulas que poniendo al hombre dentro del marco de la voluntad técnica le respete el margen necesaria para que el perfume de su personalidad no se agote.

El juego de coincidencia de la voluntad técnica con la voluntad psicológica encuentra su desarrollo en la teoría de la responsabilidad. La Juxtaposición de una sobre otra libera al funcionario de toda consecuencia de sus actos, como tal. Si hubiera daño, él provendría de la organización misma, de la deficiencia estructural o funcional del órgano y entonces gravitarían los resultados sobre el Estado. Al contrario, si la voluntad psicológica se desborda (exceso de poder) o no se satisface plenamente (omisión) o se desvía con un fin oculto (desviación de poder) recae sobre el titular la obligación de reparar el daño (58).

La distinción de falta del servicio y falta personal tiene su fundamento en estos conceptos. La responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de falta de personal, no se explica por el fenómeno que estudiamos sino preferentemente por una cuestión de garantía.

En sintesis, el individuo se incorpora al órgano mediante un procedimiento técnico y ocupa en él la calidad de uno de sus elementos estructurales. Las relaciones jurídicas entre el funcionario y el Estado tienen íntima relación con aquel fenómeno y reconocen al agente como sujeto de derechos específicos funcionales. La voluntad del titular es un elemento vital del órgano, dinámicamente considerado, y debe técnicamente coincidir con la de éste. En el juego de esa coincidencia están la regularidad y eficiencia de la actividad estatal y de él tambien surge la teoría de la responsabilidad en el derecho público. Como titular, el hombre no tiene derechos distintos a los del órgano. La situación jurídica de funcionario público, es consecuencia de su posición orgánica. Solamente surge a la calidad de sujeto de derecho el titular de un órgano cuando se volneran facultades que se afirman en él en un orden determinado y entonces es el hombre en función de esa situación particular quien actúa y no el titular propiamente dicho. Por las mismas razones el titular debe acatamiento a las normas orgánicas y obediencia al órgano preemiente o jerárquico. Para que ese acatamiento o esa obediencia se atenúen

(56) "La Teoria degli Irgani nel Diritto Pubblico" en Rivista di Diritto Pubblico, Año 1923, I, pag. 361 y Sgtes.

(57) Ferrara: "Il concetto di Organi..." pag. 62, en nota. No debe olvidarse la concepción subjetiva de este autor, ya destacada.

(58) Cuando el desbordamiento o violación se hacen en función del interes público tambien se cae en el campo de la responsabilidad del Estado pero entonces se reputa que la voluntad orgánica cubre la psicológica porque ésta ha estado impulsada por el fin de aquélla. Como es natural esto deja una zona de apreciación ante la multiplicidad de situaciones.

o desaparezcan es necesario que el desempeño de la actividad genere para él una responsabilidad propia o afecte sus derechos. Y, como se comprende, afluye entonces, igualmente, la personalidad en defensa de sus facultades o reivindicación de sus fueros funcionales.

Dejamos con estas breves disertaciones, que servirán de base para un trabajo de mayor aliento, desarrollada la teoría del órgano tal cual la hemos venido exponiendo a traves de años de estudio y meditación. Creemos que ella recoge todos los grandes problemas del fraccionamiento estatal y de la actividad de sus unidades técnicas dando la más justa y adecuada solución. El ideal de la coincidencia de la voluntad psicológica con la voluntad técnica es el de la total perfección del Estado como instrumento de orden. No podemos decir si eso se logrará algún día, pero todo lo que se haga para avanzar en tal sentido debe considerarse una manifestación del progreso jurídico.

Regular la conducta del hombre al servicio del Estado de tal modo que se mantenga en el plano querido y previsto importa tanto como asegurar la total eficiencia de los servicios estatales. Pero no cometamos el error de llevar lo técnico más allá de sus posibilidades. El hombre es, dentro del órgano, unidad inerte, la vida. Encuadrar la voluntad psicológica en la voluntad técnica no supone necesariamente transformar al hombre en una cosa aún cuando científicamente deba reputársele un elemento orgánico. Siempre el hombre, por el milagro de la vida, tendrá margen para imprimirle un sentido al órgano en que actúa. La auténtica teoría tiene que respetar ese hecho porque en él están comprometidos el prestigio y la estabilidad de las instituciones. Recordamos que hace dos años, cuando hablábamos acerca de estos problemas con vuestro eminente profesor, Cirne Lima, él reconocía, con la conveniencia de llevar la teoría a su exacto rigor, la necesidad de ver siempre en este complejo de unidades que es el Estado, la obra y la acción del hombre. La misma institución languidece o se expande dentro de sus limites jurídicos y técnicos según la fuerza psicológica o moral que agita la personalidad del titular. Busquemos, pues, la más racional adaptación del titular al órgano pero no olvidemos en ningun momento que no siempre está al alcance de las normas positivas la regulación de las fuerzas psicológicas. La diferencia entre ambas voluntades debe ser reducida al mínimo por el derecho pero debe ser tambien aceptada como un hecho y no como una deficiencia de la teoría del órgano.

Palavras proferidas pelo professor José Salgado Martins, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, por ocasião do encerramento do curso prelecionado pelo professor Aparício Méndez.

"Não sei de forma mais expressiva de que se revistam os agradecimentos desta Faculdade, do que vos dizer, sr. professor, que, durante o breve mas brilhante curso que prelecionastes sôbre a "Teoria do Órgão", tivestes a nós, professôres, magistrados, advogados, juristas e a quantos acorreram a esta casa, como discípulos atentos a correta e erudita lição do mestre.

Vimos e admiramos em vós a nobre e serena expressão do professor universitário, e, especialmente, do professor de direito.

A sobriedade e a elegância da dicção, o rigor técnico da exposição, a propriedade dos conceitos, a rica informação doutrinária são atributos da inteligência e da cultura do professor, os quais se reúnem, em esplêndido equilíbrio, na vossa personalidade.

Dissestes, na primeira lição dêste curso, que ao expor a "Teoria do Órgão" o faríeis do ponto de vista técnico do direito, expungindo-a de critérios sociológicos que desvirtuam, não raro, a pureza da doutrina jurídica.

Nessa assertiva, sr. professor, identificamos a vossa diretriz jurídica.

Se a matéria jurídica é um tecido de regras, e se estas são relações e não fenômenos, como acentua Carneluti, cumpre ao jurista trabalhar o direito, não com os mesmos critérios e os mesmos métodos com que as ciências não jurídicas estudam e investigam a realidade humana e social. Porque a matéria social não se apresenta, direta e imediatamente, ao jurista, mas através do sistema jurídico que ordenou, sem esquecer, no entanto, a realidade do homem e sem que a especulação jurídica exclua a consideração fundamental de que há princípios radicados na natureza racional do homem, superiores e anteriores a transitoriedade do direito positivo.

Vós, sr. professor, sois daqueles obreiros que trabalham a nobre matéria prima do direito, esforçando-se para acentuar a sua autonomia e indivualidade científica, no complexo dos conhecimentos humanos.

A ciência do direito só alcançará a sua plenitude nas cátedras e nos tribunais, quando ela se constituir na unidade sistemática e técnica de construções, como essa que vós erigistes, magnìficamente, em tôrno do conceito e da estrutura do órgão.

No próximo ano esta Faculdade comemorará cinco decênios de árdua existência, ao serviço da cultura jurídica do Rio Grande do Sul.

Penso exprimir o pensamento dos meus pares na Congregação desta Faculdade, antecipando, nesta noite inesquecível, o convite para que o nobre professor venha partilhar das comemorações com que haveremos de assinalar a obra daqueles insignes magistrados que, no começo do século, erigiram as paredes desta casa que foi para êles e continua a ser para nós, os seus sucessores, um templo e um sacrário.

Peço que sejais, sr. professor, o portador da nossa cordial mensagem aos vossos ilustres colegas da congregação da Faculdade de Montevidéu, na qual depositamos a confiança de que o Brasil e o Uruguai continuem a ser como duas pátrias irmãs, com destinos comuns no campo da civilização e da cultura, de que o Direito é a viga fundamental.

A nossa gratidão e a nossa admiração, sr. professor Aparício Méndez."

CONTROVÉRSIA ANTIGA

João Amorim de Albuquerque

Notas sôbre o momento inicial da ação de nulidade da venda feita pelo ascendente ao descendente, ou da troca desigual entre ambos celebrada, sem que os outros descendentes consentissem.

N. da R. — Vulto sem igual no panorama jurídico do Rio Grande do Sul, o Professor e Desembargador João Amorim de Albuquerque não deixou infelizmente obra sistemática, que lhe refletisse todos os aspectos do talento e da cultura irrivalizáveis.

Publicado, além de seus pareceres como jurisconsulto, de seus votos como juiz e de seus arrazoados como advogado, todos admiráveis, apenas se lhe conhece o ensaio que abaixo reproduzimos. Pela nitidez e segurança do pensamento, pela vastidão e elegância da erudição, "Controvérsia antiga" dá-nos, porém, uma idéia, ainda que incompleta, do seu vigor intelectual, da sua probidade científica, da extensão e profundeza da sua cultura, sòmente comensuráveis, como todos quantos o conheceram poderão atestar, sòmente incomensuráveis à perfeição moral de sua vida.

1 — "Por evitarmos muitos enganos e demandas que se causam e podem causar das vendas que algumas pessoas fazem a seus filhos, ou netos, ou outros descendentes" — prescrevia el-rei dom Felipe, nas ordenações de 1603 (livro 4.º, título 12), corroborando as manoelinas de 1513 (livro 4.º, título 82) — "determinamos que ninguém faça venda alguma a seu filho, ou neto, nem a outro descendente, nem, outrossim, faça, com os sobreditos, troca que desigual seja, sem consentimento dos outros filhos, netos, ou descendentes, que houverem de ser herdeiros do dito vendedor".

Essa disposição, singularidade do velho direito lusitano (1) que ilustres críticos argüem de inconveniente e odiosa (2), subsiste, quase inalterada e em perfeito vigor, nos atuais códigos civis de Portugal (arts. 1565 e 1594) e do Brasil (arts. 1132 e 1164, II). Apesar, entretanto, de seus quatro séculos de existência e de suas freqüentes aplicações judiciais, numerosas, ainda hoje, são as dúvidas com que desafia a sagacidade dos intérpretes.

Das questões que, a seu respeito, se têm suscitado, uma das mais debatidas e não das menos interessantes é a relativa ao momento inicial da ação que compete ao descendente, para demandar a nulidade da venda, ou troca desigual, em que não consentiu, celebrada entre o ascendente e outro descendente.

2 — GABRIEL PEREIRA DE CASTRO, o épico da Ulisséa e jurisconsulto de largo renome, nas "Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae" (3), publicadas em 1621, sustentou não poder o filho que não consentiu na venda feita pelo pai a outro filho, impugná-la, antes do falecimento do vendedor, porque seria pedir legítima quando esta ainda não era devida (4), acrescentando, de acôrdo com a prática então corrente no fôro português, que a única providência facultada ao filho é a de requerer que, por ofício do juiz, se declare, em vida do pai, que êle, filho, não será prejudicado por essas alienações, nem contra êle poderá ser invocada a prescrição dos bens alienados (5).

Essa opinião do célebre reinícola, vulgarizada pelos Comentários

(1) MANOEL BORGES CARNEIRO, Direito Civil de Portugal, § 182, n.º 5, tomo 2.º, pág. 215, ed. Lisboa, 1867; ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, alegações forenses, em "O Direito", vol. 77, e no Repertório Geral de Jurisprudência, Doutrina e Legislação dirigido por Spencer Vampré, Dos Contratos no Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, págs. 463-465; J. M. DE AZEVEDO MARQUES, estudo, na Revista dos Tribunais, de São Paulo, vol. 71, pág. 6.

Os arts. 1796 do código civil chileno e 1359 do argentino, a que aludem JOÃO LUIZ ALVES e CLÓVIS BEVILÁQUA em seus comentários ao art. 1132 do nosso, tratam de hipótese completamente diversa (compra e venda entre pai e filho sob o pátrio poder).

Comp. o que, já no 16.º século, dizia o insigne ÁLVARO VALASCO, a propósito da extensão da legítima no antigo direito português: — "... in hoc Regno, parentes sunt in majori summa filiis obnoxii quam in aliqua parte orbis Christiani, ut merito dictum sit ab antiquis quod Hispani, praesertim Lusitani, sunt servi filiorum suorum, quia fere omnem substantiam filiis parant et acquirunt et de modico tantum possunt disponere". — Praxis Partitionum et Collationum, cap. XVII, 2, em Opera Omnia, ed. 1740, Coloniae Allobrogum, tomo 3.º, pág. 91.

(2) ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO e J. M. DE AZEVEDO MARQUES, lugares citados em a nota anterior; FELÍCIO DOS SANTOS, Projeto do Código Civil Brasileiro e Comentário, vol. 4.º, pág. 177, ed. 1886.

O esbôço de TEIXEIRA DE FREITAS (art. 1986) e os projetos de FELÍCIO DOS SANTOS (arts. 2047-2052) e COELHO RODRIGUES (arts. 597-601) não consagravam a proibição que veio a prevalecer nos arts. 1132 e 1164, II, do código civil brasileiro, correspondentes aos arts. 1271 e 1303, II, do projeto primitivo de Clóvis Beviláqua e aos arts. 1278 e 1324, 2.º, do revisto pela comissão nomeada pelo govêrno.

(3) Decis. 44 — "An filius in vita patris sit audiendus pro annullanda confessione patris in favorem alterius filii? Ad Ordin. lib. 4, tit., 12".

(4) Decis. 44, n.º 5 — "... quia videtur agere pro legitima in vita parentis cum eo tempore non debeatur".

(5) Decis. 44, n.º 6 — "Quare filius solum admitti potest ut, per officium judicis, in vita patris, declaretur ne sibi praejudicent tales alienationes nec nocere possit agenti longaeva possessio, prout in simili casu fieri posse testatur SOARES, Alleg. a n. 6 &; huic sententiae accessit D. Emmanuel COUTINHO CASTELBRANCO, qui sub forma & declaratione praedicta sententiam scripsit, est processus apud scribam Vianna".

de SILVA (6), influiu poderosamente nos juristas posteriores, a maioria dos quais, no entanto, não a soube reproduzir com a exatidão desejável.

Assim, MANOEL DE ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO) reduz a um mero protesto o procedimento judicial que PEREIRA e SILVA concediam, em vida do pai vendedor, ao filho discordante (7).

Mais conciso, BORGES CARNEIRO não se referiu sequer a tal protesto, limitando-se a notar que a nulidade da venda feita a um filho sem o consentimento dos outros, não podem êstes "alegá-la em vida do pai, porque isso seria demandar em vida a sua legítima" (8).

Como o último, também o nosso TEIXEIRA DE FREITAS: — "os próprios filhos não podem argüir tal nulidade durante a vida dos ascendentes doadores, pois que fôra demandar sua legítima antes de tempo" (9).

Sob o prestígio dêsses grandes nomes, formou-se e desenvolveu-se, na doutrina e na jurisprudência pátrias, forte corrente, preponderante nos tribunais do Rio, de São Paulo e de Minas Gerais, no sentido de que é absolutamente vedado ao descendente que não consentiu na venda, ou permuta desigual, feita pelo ascendente a outro descendente, demandar a nulidade de qualquer dêsses contratos, antes da morte do ascendente que os efetuou (10).

(6) MANOEL GONÇALVES DA SILVA, Comentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae, liv. 4., tit. 12, n. 57, Lisboa, 1740.

(7) Notas de Uso Prático e Críticas (a Melo Freire), ed. Lisboa, 1863, vol. 2.º, págs. 112-113: — "Por mais que seja nula a tal venda feita sem o consentimento dos filhos, ela subsiste enquanto vive o pai; e nem êle mesmo a pode impugnar, como contra Barbosa diz retamente Silva, a n. 49, e conduz Stryk., vol. 6, disp. 2, e vol. 11, disp. 17, nem os filhos, que só têm direito para a impugnar dpeois da morte do pai e apenas, enquanto êle vive, podem fazer um protesto. PEREIRA, Decis. 44, nem qualquer terceiro, Altimar., tomo 6, pág. 261". — Comp. Tratado das Obrigações Recíprocas, § 252, págs. 141-142 da ed. Lisboa, 1852.

(8) Direito Civil de Portugal, § 182, n. 15, tomo 2.º, pág. 216, onde cita a SILVA, n. 57, e PEREIRA, Decis. 44, n. 5.

(9) Consolidação das Leis Civis, nota 89 ao art. 584, com apoio em SILVA, n. 57.

(10) Sob o regime das **ordenações:** — CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, Código Filipino, Rio, 1870, pág. 793, nota 1; JOÃO ANTÔNIO DE SOUSA RIBEIRO, parecer de 13-3-1895, no Repertório Geral de Spencer Vampré, vol. cit., pág. 412; CLÓVIS BEVILÁQUA, parecer de 10-10-1900, em O Direito, vol. 83, pág. 403; ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, alegações forenses, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 469; sentença de 3-11-1894, do juiz de direito de Cantagalo, MANOEL ANTÔNIO BRAUNE, e acórdãos de 15-9-1895, 10-7-1896 e 1-7-1898, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no Repertório e vol. cits., págs. 416, 417, 418 e 472; acórdão de 12-2-1908, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE S. PAULO, que invoca a seu favor a "jurisprudência uniforme" do mesmo tribunal, no São Paulo Judiciário, vol. 16, págs. 309-310, e na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 8.º, págs. 376-377; sentença de 27-3-1909, do juiz de direito de Limeira, GASTÃO DE SOUSA MESQUITA, confirmada por acórdão de 13-10-1909, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no São Paulo Judiciário, vol. 21, págs. 170-171; sentença de 16-12-1915, do juiz de Carangola (Minas Gerais), FERNANDO DE MELO VIANA, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 25, págs. 410.

Na vigência do **código civil:** — CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, Prática Civil, vol. 3.º, pág. 233; JAIR TOVAR, estudo, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 98, pág. 479; FRANCISCO MORATO, alegações forenses, no Repertório Geral de S. Vampré, vol. cit., pág. 381; DANIEL DE CARVALHO, alegações forenses, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 49, págs. 377-383; acórdão de 20-12-1928, da 3.ª câmara da CÔRTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL, confirmativo de sentença de 23-7-1928, do juiz de direito da 3.ª vara cível do mesmo Distrito. AUGUSTO SABÓIA DA SILVA LIMA, na Revista de Direito cit., vol. 94, págs. 326-327; acórdãos de 28-4-1922 e 18-6-1926,

3 — O fim da lei — argumentam os partidários dessa corrente — o fim da lei, ao proibir que o ascendente venda ao descendente, ou com êle efetue troca desigual, sem que os outros descendentes o consintam, é garantir a igualdade das legítimas, impedindo que, dissimuladas sob a aparência de contratos onerosos, se subtraiam doações à colação imposta pela mesma lei aos descendentes favorecidos pela liberalidade do ascendente comum (ord. filip., liv. 4.º, tít. 97; cód. civ. port., art. 2098; cód. civ. brasileiro, arts. 1785 e 1786). A nulidade da venda, ou troca, feita contra essa proibição legal é, portanto, remédio protetor da legítima; e é demandar legítima o demandar aquela nulidade.

Ora — continuam — o direito à legítima é direito hereditário: sòmente se adquire quando, falecido o autor da herança, se lhe abre a sucessão. Antes dêsse momento, o herdeiro futuro, mesmo o necessário, não tem senão mera expectativa; e a expectativa, a simples esperança de aquisição de um direito, não autoriza ação judicial em defesa do direito esperado.

Além disso — afirmam os defensores da opinião exposta — a

do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, o primeiro no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 493, e o segundo nas Pandectas Brasileiras, de Eduardo Espínola, vol. 1.º, parte III, pág. 84; sentença de 27-1-1930, do juiz de direito na capital de São Paulo, MANOEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ, na Revista dos Tribunais, dêsse Estado, vol. 74, pág. 170; acórdãos de 27-9-1922, 3-2-1923, 15-10-1924, 6-12-1924, 24-9-1927, 19-10-1927 e 5-9-1928, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vols. 40, págs. 281-282 e 430, 44, págs. 210-212 e 488-489, 45, págs. 285-287, 50, págs. 57 e 80-81, e 51, pág. 575; acórdão de 23-9-1927, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, no Paraná Judiciário, vol. 10, pág. 178.

O acórdão de 6-9-1926, da 2.ª Câmara do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL, nas respectivas Decisões, pág. 802, adotou, num de seus considerandos, a opinião a que se refere esta nota; mas, como esclareceu o acórdão de 25-9-1930 (inédito), das Câmaras Reunidas do mesmo Tribunal, nos embargos cíveis n. 3953, entre partes Nocieto José da Silva e outros, embargantes, e Severo José da Silva e outros, embargados, aquêle considerando, simples alegação incidente, sem influência no dispositivo do acórdão, exprime, apenas, o voto do relator (desembargador LUCAS ÁLVARES), pois os demais signatários do mesmo acórdão têm opinião bem conhecida em contrário. Quanto ao desembargador CAIO CAVALCANTI, que, em voto vencido no citado acórdão de 25-9-1930, das Câmaras Reunidas, aderira à lição de Teixeira de Freitas, parece tê-la abandonado posteriormente, pois no acórdão de 10-10-1931 (inédito), das Câmaras Reunidas no mesmo Tribunal, de que foi relator, nos embargos cíveis n. 3995, entre partes Basílica Leonardelli Brandt e outros, embargantes e Zelinda Scotti Leonardelli e outros, embargados, decidiu que a questionada ação, em se tratando de imóveis, surge no momento em que é transcrita, no registro público, a escritura de compra e venda.

Divergem as decisões e pareceres citados nesta nota, no caso de venda de bens comuns pelo casal, entendendo alguns que a ação do descendente prejudicado sòmente nasce depois de falecidos ambos os cônjuges vendedores (sent. do juiz de Cantagalo, MANOEL ANTÔNIO BRAUNE, em 3-11-1894; acórdão de 13-9-1895, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; voto vencido do desembargador SANTOS CAMPOS, no acórdão de 10-7-1896, do mesmo Tribunal; voto vencido do ministro POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, no acórdão de 28-4-1922, do Tribunal de Justiça de São Paulo; acórdão de 15-10-1924, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS; alegações forenses de ANTÔNIO FRANCISCO RIBEIRO, no Repertório de S. Vampré, vol. cit. pág. 430), admitindo outros, em maioria, que tal ação pode ser proposta desde que ocorra o falecimento de um dos vendedores, marido ou mulher (acórdãos de 10-7-1896 e 1-7-1898, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO; acórdão de 28-4-1922, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO; sentença de 15-7-1901, de SORIANO DE SOUSA JÚNIOR, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 483; alegações forenses de FRANCISCO MORATO, no Repertório e vol. cits., pág. 381). Não nos consta haja tido seguidores o aludido parecer de J. A. DE SOUSA RIBEIRO, subordinando a propositura da ação do filho, exclusivamente, à morte do pai vendedor, sob o fundamento de que a mãe "intervém, não para vender mas para conceder ao marido a outorga necessária à validade da venda".

expectativa de que aqui se trata, concerne a herança de pessoa viva; e de pessoa — o ascendente — a quem os titulares dessa expectativa devem respeito, elemento imprescindível à constituição da família, base de nossa organização social. Seria, pois, não só contrário à lei (cód. civ., art. 1089), mas "incompatível com a moral vigente", permitir a filhos e netos pleitear a nulidade de atos do ascendente ainda vivo, acusando-o de burlas que desdouram, "sobretudo com a faculdade de esmerilhar o patrimônio do doador, a fim de verificar a suspeita de que esteja fraudando as cobiçadas legítimas" (11).

Nesse sentido — acrescentam — era expressa a ordenação filipina do livro 4.º, título 12, concisamente reproduzida, "conforme o estilo moderno", nos arts. 1132 e 1164, II, do nosso código civil, não só quando exigia o consentimento dos "outros filhos, netos, ou descendentes, *que houverem de ser herdeiros* do dito vendedor" — condição inverificável antes do falecimento dêste —, como, ainda, quando, depois de declarar "nenhuma e de nenhum efeito" a venda, ou troca, realizada sem aquêle consentimento, ou licença régia que o suprisse, estatuía, em têrmos peremptórios, que, *por morte do vendedor,* a cousa que assim fôr vendida, ou trocada, será partida entre os seus *descendentes que seus herdeiros forem,* como que estivera em poder do vendedor e fôra sua ao tempo de sua morte, sem, por isso, pagarem preço algum ao que a comprou" (12).

E concluem, dogmàticamente: — antes da morte do ascendente vendedor, ou permutante, "o descendente prejudicado não tem inte-

(11) DANIEL DE CARVALHO, alegações forenses, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 49, pág. 382.

(12) Os que, na ordenação no liv. 4.º, tít. 12, viam mera presunção legal de fraude à legítima, ilidível mediante prova em contrário (neste sentido, ainda depois do código civil, J. M. DE AZEVEDO MARQUES, estudo citado, na Revista dos Tribunais, de São Paulo, vol. 71, pág. 4, e TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 7-11-1928, na Revista Forense cit., vol. 52, págs. 157-159), alegavam, também, que só depois de falecido o ascendente se poderia apurar a existência ou inexistência de fraude, à vista da ord. do liv. 4.º, tít. 97, § 4.º in fine, segundo a qual, na verificação da inoficiosidade das doações feitas aos filhos e que não tivessem por motivo o casamento dêstes, "se olhará o que os bens do doador valerem ao tempo de sua morte". (Comp. MORAIS MELO JÚNIOR, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 372-373).

A alegação não teria valor, em face do código civil brasileiro (arts. 1176 e 1788), que, diversamente das ordenações filipinas, manda atender, para o fim mencionado, ao "tempo da doação", ao "momento da liberalidade" argüida de inoficiosa. Mesmo, porém, no regime anterior, repeliam-na os mais autorizados jurisconsultos, atento o caráter absoluto, "juris et de jure", geralmente atribuído à presunção de fraude ínsita ao preceito da ord. do liv. 4.º, tít. 12 (M. DE ALMEIDA E SOUSA, de LOBÃO, Notas de Uso Prático e Críticas (a Melo Freire), ed. cit., parte 2.ª, pág. 113, e Tratado das Obrigações Recíprocas, § 253, pág. 142 da ed. cit., LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, parecer de 11-10-1900, em O Direito, vol. 83, pág. 396; CARLOS DE CARVALHO, parecer de 10-10-1900, em O Dir., vol. cit., pág. 399; CLÓVIS BEVILÁQUA, parecer de 10-10-1900, em O Direito, vol. cit., pág. 402; Câmara Civil da CÔRTE DE APELAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL, acórdão de 21-7-1898, confirmado, em embargos, pelas Câmaras Reunidas, em acórdão de 21-9-1899, na Revista Jurisprudência, de Raja Gabaglia, vol. 8.º, págs. 198-199; SORIANO DE SOUSA FILHO, sentença de 15-7-1901, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., pág. 477; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 25-7-1918, na Revista Forense, vol. 31, pág. 46; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, acórdão de 28-4-1922, no Repertório e vol. cits., pág. 495).

rêsse econômico ou moral que possa legitimar o pedido de nulidade da venda", ou permuta (cód. civ. bras., art. 76) (13).

4 — Tôda a argumentação que acabamos de resumir, por mais brilho e seduções que lhe emprestem alguns de seus paladinos, padece, a nosso ver, insanàvelmente, de um vício fundamental: — confundir a ação de nulidade da venda, ou permuta, efetuada entre ascendente e descendente, sem a concordância dos demais descendentes, com a que o douto CORREIA TELES denominou "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima" (14).

São ações perfeitamente distintas.

Por aquela, o descendente demanda, apenas, o reconhecimento judicial da ineficácia da venda, ou permuta, infringente da proibição da lei. Pela última, pede que, reconhecida essa ineficácia e, pois, a permanência dos bens vendidos, ou permutados, no patrimônio do ascendente infrator, seja o descendente que os adquiriu, condenado a comparti-los com os co-herdeiros necessários (15).

Remata a primeira com uma sentença meramente declarativa. A segunda, se procedente e processada em forma regular, termina com uma sentença de condenação, dotada de fôrça executória (16).

Como é diverso o escopo e a natureza, diverso é, também, o fundamento, diversas as condições de exercitabilidade dessas duas ações.

A ação de partilha dos bens nulamente vendidos, ou permutados, baseia-se, por sem dúvida, no direito inauferível do descendente à herança do ascendente vendedor, ou permutante (cód. civ. bras., art. 1721); não pode, conseguintemente, ser proposta, antes da morte do

(13) DANIEL DE CARVALHO, l. cit., pág. 377. Vejam-se, também, especialmente, o acórdão de 27-9-1922, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, na Revista Forense, vol. 40, págs. 281-282; voto do desembargador SANTOS CAMPOS, no acórdão de 10-7-1896, do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 422-424; voto do ministro POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, no acórdão de 18-6-1926, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, nas Pandectas Brasileiras, vol. 1.º, parte III, pág. 84.

(14) Doutrina das Ações, § 138, pág. 91 da 6.ª ed. (Silva Ramos), 1865, Rio: — "Compete ao filho herdeiro, contra o irmão, ao qual o pai vendeu alguns bens, sem consentimento do autor; pede que os dê à partilha, como se o pai os possuísse ao tempo de sua morte".

(15) Na "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima", qual a figura CORREIA TELES, há, realmente, duas ações cumuladas — a declaratória da nulidade da permuta, ou venda, e a de partilha dos bens permutados, ou vendidos —, apresentando-se a primeira como simples questão prejudicial em relação à segunda.

(16) Sôbre a distinção entre ações e sentenças meramente declaratórias, ou recognitivas (azioni di accertamento, Feststellungsklagen, actiones praejudiciales), e ações e sentenças de condenação, ou executórias, e sôbre a inclusão da ação de nulidade na primeira classe, vejam-se, entre outros: — WINDSCHEID, Diritto delle Pandette, trad. de Fadda e Bensa, § 45, págs. 129-130 do 1.º vol., ed. 1925; ALFREDO ROCCO, La Sentenza Civile, ns. 53, 62 e 63, págs. 139-141 e 157-163; G. CHIOVENDA, Principii di Diritto Processuale Civile, 3.ª ed., 1923, §§ 6.º e 7.º, págs. 157-179; N. COVIELLO, Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale, 2.ª ed., 1915, págs. 504-507; F. FERRARA, Della Simulazione, 5.ª ed., 1922, n. 83, págs. 343-344; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, A Simulação em Direito Civil (Português), vol. 2.º, pág. 9 e segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, Manual do Código Civil Brasileiro dirigido por Paulo de Lacerda, vol. 3.º, parte I, págs. 516-517; COSTA MANSO, sôbre o projeto do código do processo civil do Estado de São Paulo, na Revista Forense, de Belo Horizonte, vol. 48, pág. 17 e segs.; CARLOS CAMPOS, relator do parecer da Comissão de Constituição, Legislação e Justiça, para 3.ª discussão do projeto que se converteu na lei mineira n. 1.111 de 19-10-1929, na Revista Forense, vol. 52, pág. 397 e segs. V., também, a lei mineira citada e o código do processo civil e comercial do Distrito Federal, arts. 576-580.

FACULDADE DE FIL
BIBLIOTECA

ascendente, porque só então terá o descendente direito à legítima (cód. cit., arts. 1572 e 1577). Era o que esclareciam as velhas ordenações do reino (liv. 4.º, tít. 12), ao determinarem que só "por morte do vendedor, a cousa que assim fôr vendida, ou trocada, *será partida*, entre os seus descendentes que seus herdeiros forem".

A ação, porém, simplesmente declaratória da nulidade da venda, ou permuta, baseia-se, não no direito à legítima, e, sim, no direito do descendente a que, sem o seu consentimento, não faça o ascendente, a outro descendente, venda ou permuta desigual (cód. civ. bras., arts. 1132 e 1164, II); e, como êsse direito se manifesta íntegro, desde que o ascendente pretenda efetuar o ato proibido, a ação de nulidade que o assegura (cód. civ. bras., arts. 75 e 145, V), poderá ser proposta, ainda em vida do ascendente, desde o momento em que o mesmo direito tenha sido violado (17). E' o que reconhece o nosso código civil (art. 178, § 9.º, V, b), ao mandar que, no caso de violação dissimulada, se conte o prazo da prescrição da ação anulatória, "do dia em que se realizar o ato ou o contrato", pois, como do mesmo código se infere (arts. 170, I, e 177), a prescrição das ações não corre senão "da data em que poderiam ter sido propostas" (18).

5 — Objetam, porém, os propugnadores da doutrina criticada que, embora tenha por si o texto da lei, não pode ser admitida, nos têrmos e com as conseqüências que apontámos, a distinção entre o direito do descendente à legítima e o direito do mesmo descendente a intervir, dando ou negando seu consentimento, na venda, ou permuta desigual, que o ascendente faça a outro descendente: — seria — dizem — adotar "o processo mecânico de aplicação literal do código, sem levar em conta o seu espírito, nem procurar um nexo lógico entre as diversas partes do mesmo" (19). Distinguir-se não é ser independente: distinta da principal é a coisa acessória, mas segue-lhe o destino (cód. civ. bras., art. 59). Ora — asseveram — "o art. 112 contém uma vantagem concedida ao descendente como acessório à sua expectativa de tornar-se herdeiro por morte do ascen-

(17) JOÃO MONTEIRO, Curso de Processo Civil, 1899, vol. 1.º, § 13, pág. 87: — "O fundamento jurídico da ação é o próprio direito violado e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada".

(18) "Actioni nondum natae non praescribitur". Comp. ord. filip., liv. 4.º, tít. 79, pr.; COELHO DA ROCHA, Direito Civil Português, § 457, vol. 2.º, pág. 317, ed. 1917; ALMEIDA OLIVEIRA, A Prescrição, págs. 78 e 276, ed. 1914; EDUARDO ESPÍNOLA, Sistema do Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, pág. 607, 2.ª ed.; CLÓVIS BEVILÁQUA, Teoria Geral do Direito Civil, § 80, pág. 379, 2.ª ed., e Código Civil Comentado, observação 1 ao art. 170, vol. 1.º, pág. 441, 4.ª ed.; SPENCER VAMPRÉ, Código Civil Anotado, 1917, pág. 146; L. F. S. CARPENTER, Manual do Código Civil Brasileiro dirigido por Paulo de Lacerda, vol. IV, n. 107, pág. 269 e segs.; A. FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. XI, n. 202, pág. 91. Quanto ao direito romano: — cód. justinianeu, liv. VII, tít. XXXIX. fr. 7, § 4.º; SAVIGNY, Diritto Romano Attuale, trad. V. Scialoia, vol. V, § 239, pág. 324 e segs. Quanto ao direito estrangeiro contemporâneo: — cód. civ. alemão, § 198; Ruling Case Law, vol. 17, "Limitation of Actions", n. 116, pág. 748, e n. 129, pág. 765; FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, 2.ª ed., tomo IV, pág. 405; BIAGIO BRUGI, Instituzioni di Diritto Civile Italiano, 3.ª ed., § 34, pág. 271; M. PLANIOL, Traité Élémentaire de Droit Civil, 7.ª ed., vol. 2.º, n. 650, pág. 208.

(19) DANIEL DE CARVALHO, alegações cits., na Revista Forense, vol. 49, pág. 379.

dente". Portanto, "para êle poder fazer valer essa faculdade outorgada pela lei, mister se faz que adquira a qualidade de herdeiro, o que (sòmente) se dá com a morte do "de cujus" (20). E insistem, citando o art. 1577: — "em vida do ascendente, ninguém tem qualidade para propor ação, porque ninguém tem direito à herança, nem mesmo direito eventual, mas, simples expectativas que a lei lhe pode tirar" (21).

A objeção não colhe.

Inútil perquirir se, antes de aberta a sucessão, o futuro herdeiro necessário tem, quanto à legítima, mera expectativa, como de ordinário se apregoa, ou verdadeiro direito eventual, como parece resultar do sistema do nosso código civil (22); inútil, porque não existe, para qualquer dessas duas situações jurídicas, "regra geral alguma de proteção", tornando-se preciso "ver, em cada caso, *se* a lei quis proteger antecipadamente a expectativa de direito, ou o direito eventual, e *como* o quis proteger" (23); inútil, sobretudo, por que a lei não subordina o direito do descendente a intervir na venda, ou permuta desigual, feita a outro descendente pelo ascendente comum, ao direito do mesmo descendente à legítima futura, não faz daquele mero acessório dêste, antes, em face dêste, o caracteriza como direito perfeitamente autônomo.

A proibição da ord. do liv. 4.º, tít. 12, como dos arts. 1132 e 1164, II, do nosso código civil e 1565 e 1594 do português, tem, evidentemente, por fim garantir a igualdade das legítimas e funda-se na observação de que as vendas e trocas desiguais feitas pelos pais,

(20) DANIEL DE CARVALHO, lug. cit., pág. 381.
(21) DANIEL DE CARVALHO, lug. cit., pág. 380.
(22) Se, como ensina EDUARDO SPÍNOLA (Manual cit., vol. 3.º, parte I, pág. 96), "é a circunstância de se encontrar certa proteção na lei que indica a existência dalguma coisa mais do que uma simples expectativa de direito", quer dizer, a existência de um direito eventual, — como negar, em face do nosso código civil, a existência de um verdadeiro direito eventual à legítima, antes de aberta a sucessão, quando é certo que o mesmo código protege, ainda nesse período, os herdeiros necessários, facultando-lhes promover a interdição do autor da herança futura, no caso de prodigalidade (art. 460), decretando a nulidade das doações, quanto à parte excedente à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (art. 1176), e, para maior segurança das legítimas dos descendentes, proibindo que o ascendente venda a algum descendente, ou com êle efetue troca desigual, sem que os outros descendentes expressamente consintam (arts. 1132 e 1164, II)? E. SPÍNOLA, vol. cit., pág. 88, influenciado pela doutrina estrangeira, diz que "a ordem jurídica nenhuma proteção especial confere a essa expectativa, no sentido de garantir a futura formação do direito" dos legitimários; mas, ressalva êle próprio "o caso especial de prodigalidade (art. 460)" do autor da esperada herança e esqueceram-lhe os arts 1132, 1164, n. II, e, principalmente, 1176, que singularizam o direito pátrio na legislação universal (vejam-se as observações de CLÓVIS BEVILÁQUA, ao art. 1176, no Código Civil Comentado, vol. 4.º, págs. 352-354, 3.ª ed.). E' de notar, pelo que tange ao direito estrangeiro, que, em Portugal, cujo código é o que mais se aproxima do nosso, nesta matéria, a opinião dominante nos tribunais é a favor da existência de genuíno direito eventual, e não mera expectativa, dos futuros herdeiros necessários, antes de aberta a sucessão (vejam-se as decisões citadas em a nota 1 da pág. 41 do 2.º vol. da citada obra de JOSÉ BELEZA DOS SANTOS), apesar da lei portuguêsa não consagrar nenhuma disposição eqüivalente ao art. 1176 do nosso código civil; e no mesmo sentido se pronuncia, em relação ao código francês, R. DEMOGUE, o eminente jurista a quem tanto deve a teoria do direito eventual (De la Nature et des Effets du Droit Éventuel, na Rèvue Trimestrielle de Droit Civil, tomo 5.º, 1906, págs. 293-294).

ou avós, a alguns de seus filhos, ou netos, geralmente encobriam doações, em prejuízo daquela igualdade.

Com êsse propósito e fundamento, a ordenação filipina presumia, na venda, ou permuta, proibida, a dissimulação de uma liberalidade ao descendente comprador, ou permutante, e liberalidade ofensiva das legítimas dos outros descendentes, mandando partilhar, por morte do ascendente, entre todos os "seus descendentes que seus herdeiros forem", a coisa vendida, ou permutada, "sem por isso, *pagarem preço algum ao que a comprou*"; mas, presumia-a sempre, de modo absoluto, ainda que plenamente se provasse a inexistência de fraude, a realidade da venda, ou permuta, e nenhum prejuízo ao direito dos ligitimários que nela não intervieram (24). Não se tratava, assim, de verdadeira presunção, limitada à defesa da legítima; mas, de norma imperativa especial (25), sancionadora de um direito que, se bem criado em contemplação de uma simples expectativa hereditária, ou do direito eventual a uma herança futura, não dependia, entretanto, na sua formação, titularidade e exercício, da conversão daquela expectativa, ou direito eventual, em direito sucessório completamente adquirido (26).

Essa autonomia do questionado direito dos descendentes, em face do direito dêstes à legítima, realça, mais nítida e vigorosa, nos modernos códigos civis brasileiro e português.

Com relação ao último, ensina excelentemente, a êste propósito, JOSÉ BELEZA DOS SANTOS: — "Os filhos, ou netos, que não consentirem nas vendas a que se refere o art. 1565, se o seu consentimento não foi suprido, podem, é certo, atacá-las em vida do vendedor. Mas, neste caso, não acionam o alienante em nome de um *direito eventual* à legítima, e tanto que não precisam de demonstrar que as vendas a podem ofender. A ação que intentam, fundamenta-se no seu *direito atual* de consentirem ou se oporem às vendas que seus pais, ou avós, fizeram aos outros filhos, ou netos, direito que foi vio-

(23) JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cits., pág. 43. Com. E. ESPÍNOLA, ob. e vol. cits., pág. 97 e segs.
(24) Vejam-se os autores e decisões cits. em a nota 12.
(25) Com. ALESSANDRO LEVI, La societé et l'Ordre Juridique, 1911, pág. 221, onde resume o resultado das investigações de RAMPONI, La Teoria Generale delle Presunzioni nel Diritto Civile Italiano, 1890, pág. 130 e segs.: — "la règle juridique n'est, souvent, que le dernier stade d'évolution d'une présomption, c'est-à-dire une hypothèse qui, s'étant démontrée maintes fois conforme à la réalité des choses, perd à la fin son caractère — même verbal — d'hypothèse, et devient une règle juridique impérative vraie et propre. Et, inversement, ls présomptions légales ne représentent qu'un stade, qu'un moment précédent de cette évolution d'un concept juridique".
(26) Com. E. ROGUIN, Traité de Droit Civil Comparé — Les Successions, vol. V, n. 2555, pág. 6: — "Avant un certain moment que nous pouvons désigner comme 'étant de l'ouverture de la sucession, ou de la dévolution, délation, Anfall, Erbang', comme dit le code civil suisse, le successeur n'a aucun droit acquis sur aucun des biens du défunt, et ne possède qu'une **expectative héréditaire.** La possession de cet avantage, quoique éminemment incertain, peut, au gré du legislateur, être accompagné de l'attribution de certaines **facultés juridiques. L'héritier présomptif** pourrait recevoir de **droit** de prendre en cas d'interdiction du decujus, par exemple, ou dans l'hypothèse d'un pacte successoire, des mesures conservatoires de la fortune".

lado por aquêles que não solicitaram êsse consentimento, ou praticaram o ato da venda, apesar da recusa e sem a suprir. O problema da legitimidade apresenta-se, neste caso, límpido e sem embaraços. Os filhos, ou netos, que tinham o direito de ser ouvidos sôbre a venda e de dar para ela seu consentimento, ou de o recusar, são partes legítimas. Não precisam de demonstrar o *prejuízo* de sua quota legitimária, prejuízo que não sabem, nem podem saber se, na realidade, existirá" (27).

Quanto ao nosso código, mais recente, pode-se dizer que completou, de modo definitivo, a independência do direito de que se trata: — excluindo a possibilidade de suprimento judicial da concordância dos demais descendentes, necessária à perfeição da venda, ou permuta, feita a um dos descendentes pelo ascendente comum (28), eliminou dos tribunais, na aplicação dos arts. 1132 e 1164, II, tôda e qualquer controvérsia sôbre a inocuidade ou fraudulência das vendas e permutas proibidas, no tocante às legítimas dos descendentes inconsultos ou recusantes.

Evidencia-se, assim, do mesmo passo, a improcedência do argumento de ordem moral oposto pelos nossos contendores. Demandando a nulidade das vendas e permutas feitas pelo ascendente contra a proibição da lei, o descendente não reclama herança de pessoa viva, nem tem que "esmerilhar o patrimônio" do vendedor, ou permutante, "a fim de verificar a suspeita de que esteja fraudando as cobiçadas legítimas" (29). Tais vendas e permutas — sentenciava o desembargador SANTOS CAMPOS (30), no regime das ordenações, e, com mais razão ainda, se justifica o asserto perante o nosso código (31) — tais vendas e permutas "independem do exame de lesão, porque são proibidas, embora sem lesão qualquer (venditio simpliciter prohibitur, quamvis aequaliter sit); os vícios de simulação e fraude dos contratos não devem ser, por forma alguma, esmerilhados ou provados, porque sempre há a simulação presumida pela

(27) Ob. e vol. cits., pág. 56.
(28) CLÓVIS BEVILÁQUA, observação 3 ao art. 1132, Código Civil Comentado, vol. 4.º, pág. 308, 3.ª ed.
(29) DANIEL DE CARVALHO, lug. cit. em a nota 11.
(30) Voto no acórdão de 10-7-1896 do Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro, no Repertório Geral de S. Vampré, vol. cit., pág. 425.
(31) A ordenação filipina (liv. 4., tít. 12) não falava em presunção, mas, era manifesto seu caráter presuntivo, ao mandar que, por morte do ascendente, se partilhasse, entre todos os descendentes que seus herdeiros fôssem, a coisa nulamente vendida, **"sem, por isso, pagarem preço algum ao que a comprou"**. O código civil pátrio, deixando de reproduzir êsse preceito, revogou-o (art. 1807); e, revogando-o, submeteu as partes contratantes da venda nula ao princípio geral do art. 158, de modo que, se o ascendente, deveras, recebeu algum preço e o incorporou no seu patrimônio, deve êsse preço ser restituído ao descendente comprador. Nem haverá, com isso, nenhuma burla à proibição do art. 1132, como pretende FRANCISCO MORATO, no Repertório Geral de S. Vampré, vol. cit., pág. 382, pois, para lhe ser restituído o preço que reclama, tem o descendente comprador de provar que, realmente, o pagou. No sistema do nosso código civil, a venda feita pelo ascendente contra a proibição do art. 1132 é nula, simplesmente, por ser proibida, e não, como no sistema das ordenações, por ser uma doação dissimulada: — a norma imperativa desprendeu-se, inteiramente, da presunção que lhe dera origem.

lei, razão da proibição (et ratio diversitatis est quia hic non agitur de vera simulatione, sed de praesumpta)". Ademais, seria estranhamente contraditória a moral que vedasse ao descendente acionar o ascendente, com fundamento numa fraude meramente presumida a um direito futuro, e, ao mesmo tempo, permitisse, como ninguém contesta que o permite, litigar o filho com o pai, em casos de muito maior melindre, acusando-o de alienar bens que lhe não pertenciam (cód. civ. bras., art. 178, § 6.º, n. III), ou investigando-lhe, escandalosamente, as mais secretas relações sexuais (art. 363)...

6 — Surge, porém, neste lance, outra objeção.

A todo direito corresponde uma ação que o assegura (cód. civ. bras., art. 75); mas, para a propor, é necessário ter legítimo interêsse econômico, ou moral (cód cit., art. 76). Ora — sustentam os campeões da doutrina diversa — enquanto o ascendente viver, não tem o descendente nenhum interêsse em propor a ação de nulidade das vendas e trocas realizadas contra a proibição dos arts. 1132 e 1164, II: — "a ação que propusesse, poderia resultar inócua e vã, em virtude de posterior disposição legal" (32), ou de qualquer outro fato (pré-morte, deserdação, etc.) que frustrasse a expectativa hereditária do autor; mais, ainda, que o autor viesse a adquirir, completamente, direito à legítima, — "exercitada a ação anulatória em vida do ascendente, podendo êste dispor livremente de seu patrimônio, teria meios de burlar a eficácia ou os resultados práticos da dita ação, alienando legalmente os seus bens, após a sentença anulatória da venda feita ao descendente" (33). Depois, se a ação meramente declaratória da nulidade da venda, ou permuta, não dispensa, aberta a sucessão do ascendente vendedor, ou permutante, a ação de partilha dos bens nulamente vendidos, ou permutados, por que sobrecarregar inùtilmente o réu com as custas e incômodos de dois processos, quando com um só, o da "ação de pedir os bens alheados em fraude da legítima", poderia o autor obter o mesmo resultado?

Tôda essa coartada assenta numa concepção visìvelmente errônea da natureza e do fim da ação que se discute.

A nulidade da venda feita com infração do art. 1132 não é uma pena imposta ao ascendente vendedor e em virtude da qual os bens vendidos devam necessàriamente passar, depois de sua morte, para o patrimônio dos descendentes que na venda não consentiram; mas, uma medida tendente a evitar que, sob color de venda, se façam doações, prejudicando a igualdade das legítimas" (34). Assim, reconhecida judicialmente a ineficácia da venda, satisfeito está o fim prático da lei: — não o contraria, não o ofende, não o defrauda o ascen-

(32) DANIEL DE CARVALHO, alegações cits., na Revista Forense, vol. 48, pág. 380.
(33) POLICARPO DE AZEVEDO JÚNIOR, voto no acórdão de 18-6-1926, do Tribunal de Justiça de São Paulo, nas Pandectas Brasileiras, vol. 1.º, parte III, pág. 86.
(34) CLÓVIS BEVILÁQUA, obs. 1 ao art. 1132, no Código Civil Comentado, vol. 4.º, pág. 308.

dente que, como proprietário que continua a ser, dos bens nulamente vendidos, de novo os aliena, nos têrmos em que a mesma lei o faculta.

Por outro lado, ao demandar a nulidade de tais vendas e trocas, o descendente não defende o *direito à legítima,* mas, quando muito, a *formação normal dêsse direito,* pouco importando, assim, que sua aquisição não se complete (35). Se a possibilidade de se não vir a completar a aquisição do direito fôsse obstáculo à sua tutela judicial, privados desta ficariam, contra o preceito expresso do art. 75 do nosso código civil (36), todos os direitos futuros, especialmente os que o mesmo código denomina "não deferidos", isto é, os cuja aquisição "se subordina a fatos ou condições falíveis" (art. 74, III, § único). Aliás, já mostrámos que a referida ação declaratória não se baseia no eventual direito a legítimas futuras, mas, no direito atual dos descendentes a intervir em tais vendas e trocas. Êste direito exercita-se no ato da permuta, ou venda; nesse ato, conforme a lei então vigente, é que se terá de apurar quais os titulares do direito e de que modo poderão exercê-lo (37) nesse mesmo ato, no momento em que êle se realiza, é que, portanto, se realiza e manifesta o interêsse protegido pelos arts. 1132 e 1164, I, cuja violação justifica a imediata propositura da correspondente ação de nulidade (arts. 75 e 145, V). Desde êsse momento, *atual* é o *interêsse,* a necessidade de agir o descendente por via declaratória, ainda que se considerem, apenas, as conseqüências futuras da venda ou troca ilegal, relativamente à legítima esperada (38): — interêsse reconhecido e proclamado pelos próprios GABRIEL PEREIRA DE CASTRO e MANOEL GONÇALVES DA SILVA, a cuja autoridade costumam recorrer os nossos adversários, ao reconhecerem e proclamarem que o

(35) Comp. E. ESPÍNOLA, Manual cit., vol. 3.º, parte I, pág. 39: — "êsse período de formação, em que existe a **expectativa** dum direito em via de se adquirir, em que se descortina, por assim dizer, um **direito futuro,** não é indiferente à ordem jurídica. Não há dúvida que o estado de **pendência** não antecipa os efeitos do direito futuro, não é êste que se exerce. O que a lei protege, em casos tais, é, em regra, a própria formação do direito, porque se conclua sem sofrer as influências maléficas duma oposição contrária **ao jus e à aequitas".**

(36) Com. E. ESPÍNOLA, ob. e vol. cits., págs. 108-109; e COSTA MANSO, estudo cit. na Revista Forense, vol. 48, pág. 18: — "Assegurar é garantir. Garantir não é, apenas, restaurar. Também se garante pela prevenção do dano. Se um edifício ameaça cair, assegura a sua existência quem lhe evita a queda. Assegura-se a saúde pelos processos preventivos da higiene. E não sòmente para terapêutica, depois de irrompida a moléstia. Quando esta é incurável, só mesmo a profilaxia é capaz de proteger o indivíduo e a sociedade".

(37) Quando a ordenação filipina falava em "descendentes que houverem de ser herdeiros do dito vendedor" (liv. 4.º, tít. 12), referia-se, evidentemente, aos descendentes que seriam herdeiros, se o vendedor falecesse no ato da venda. Comp., a propósito do preceito análogo do art. 1176 do nosso código civil, a observação 3 de CLÓVIS BEVILAQUA, à pág. 353, do 4.º vol. do Código Civil Comentado, 3.ª ed. Cerceando dúvidas, os arts. 1132 e 1164, II, falam, apenas, em "descendentes".

(38) Comp. N. COVIELLO, ob. cit., pág. 506: — "Ancorché si voglia evitare e prevenire un danno futuro, ancorchè si vogliano assicurare le conseguenze future l'un diritto, ci può essere **l'interesse attaule** ad agire in via dichiarativa, e s'è ogni volta che attuale è la condizione di fatto da cui può derivare un danno in avvenire al nostro diritto, o impedimento alla nascita futura di quelle conseguenze che altrimenti verrebbero. L'azione dichiarativa insomma richiede come ogni altra azione l'interesse attuale ad agire che vi sarà sempre, qualora, attualmente sussista quella condizione di fatto che renda incerto il diritto che si vuol accertare, sia pure in via preventiva e negativa".

descendente pode pedir ao juiz, mesmo em vida do ascendente, a declaração da nulidade da venda, ou permuta, a fim de evitar o prejuízo que resultaria à igualdade das legítimas, se, antes de falecer o ascendente, se consumasse a usucapião da coisa vendida, ou permutada, a favor do descendente comprador, ou permutante, ou de sucessores dêste (39). Negar, em tal caso, ao descendente, a ação simplesmente declarativa da nulidade (já que a petitória da legítima depende da abertura da sucessão) "seria negar a proteção necessária ao direito, seria não conceder os meios indispensáveis para o seu reconhecimento e, portanto, para o seu exercício, seria contrariar os preceitos legais que lhe asseguram uma proteção ampla e eficaz" (40). O réu, que deu causa à demanda, é que não poderá excluí-la, a pretexto de maiores incômodos e despesas, ocasionados pelo seu próprio ato.

7 — Como já entremostrámos e ao contrário do que geralmente se cuida, o que PEREIRA E SILVA negam ao filho, ou neto, antes da morte do ascendente, é a ação de partilha dos bens por êste nulamente vendidos, ou permutados: não recusam, antes expressamente admitem o ingresso em juízo do descendente, memo em vida do ascendente vendedor, ou permutante, para o fim de ser oficialmente declarada a nulidade da venda, ou permuta (41). Êste ingresso em juízo, antes da abertura da sucessão do ascendente, não se reduz, no conceito daqueles sábios reinícolas, a um simples protesto, como pareceu a ALMEIDA E SOUSA (LOBÃO) e, ainda agora, pretende JOSÉ BELEZA DOS SANTOS (42): o protesto não passa de uma solene declaração da própria parte protestante, que o juiz se limita a mandar tomar por têrmo e notificar aos interessados sem decidir nem conhecer do respectivo mérito (43); ao passo que o procedimento autorizado por GABRIEL PEREIRA DE CASTRO e MANOEL GONÇALVES DA SILVA, como por SOARES e CASTELO BRANCO a que ambos se reportam, visa ao reconhecimento e declaração, pelo juiz mesmo, da ineficácia da venda, ou permuta, impugnada, mediante uma *"imploratio officii judicis"*, larva medieval da moderna ação declaratória (44).

Também no sentido da admissibilidade, em vida do ascendente, da demanda de nulidade das referidas vendas e trocas, se manifestou, em relação ao código civil português de 1867, JOSÉ DIAS FERREI-

(39) Ls. cits. em as notas 5 e 6.

(40) JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cits., pág. 19.

(41) Vejam-se os trechos cits. em as notas 4, 5 e 6; e compare-se o que diz JAIR LINS, alegações forenses, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 406-408.

(42) LOBÃO, l. cit. em a nota 7; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cits., pág. 58, nota ("espécie de protesto para interromper a prescrição"...)

(43) Decreto n. 737, de 26-11-1850, arts. 390-393, reproduzidos pela maioria dos códigos processuais dos Estados, como se pode verificar em CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO, Curso de Prática do Processo, 2.º vol., pág. 336, e em A. L. DA CÂMARA LEAL, Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, Comentado, págs. 597-607. Código do processo civil e comercial do Rio Grande do Sul, arts. 792-794.

(44) Veja-se G. CHIOVENDA, ob. cit., pág. 171.

RA, com o aplauso da subseqüente doutrina e jurisprudência de seu país (45).

Entre nós, ainda no regime das ordenações filipinas, assim haviam, igualmente, opinado o visconde de OURO PRETO e JOSÉ DA SILVA COSTA (46). Publicado o código civil, o mesmo parecer alcançou, logo, a adesão de vários intérpretes (47), consagrando-o, afinal, em jurisprudência uniforme, o SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL (48)

Alguns dêsses juristas nem sempre conseguiram demonstrar suficientemente a sua tese (49). Não chegaram outros até onde a lógica

(45) JOSÉ DIAS FERREIRA, Código Civil Português Anotado, 2.ª ed., vol. 3.º, pág. 168: — "Para impugnar a venda feita aos outros descendentes, não carecem os prejudicados de esperar pela morte do pai, apesar de só à morte se tornar efetivo o direito às legítimas, porque está reconhecida no artigo (1565) a legitimidade do descendente para a causa, logo que o ato seja praticado"; JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, ob. e vol. cits., págs. 40 e 41 e 56; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PÔRTO, acórdão de 15-4-1913, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 29, págs. 89-100.

(46) VISCONDE DE OURO PRETO, parecer de 5-3-1881 ("O filho, neto, etc., que promove tal nulidade, não demanda legítima; acautela-se apenas contra futuro prejuízo, garante o seu direito de não ser mais tarde lesado, em benefício de outro co-herdeiro, — coisa diversa"), e JOSÉ DA SILVA COSTA, parecer de 11-3-1881, ambos no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 401-412.

(47) MORAIS MELO JÚNIOR, estudo, no Repertório de S. Vampré, vol. cit., págs. 372-375; JAIR LINS, alegações forenses, no Repertório e vol. cits., págs. 395-410, e na Revista Forense, vol. 40, pág. 572 e segs.; TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE MINAS GERAIS, acórdão de 7-3-1923, na Revista Forense, vol. 40, págs. 572-581; OLIVEIRA ANDRADE, voto vencido no acórdão de 6-12-1924, do Tribunal da Relação de Minas Gerais, na Revista Forense. vol. 44, pág. 211, e vol. 45, pág. 286: TITO FULGÊNCIO, voto vencido no acórdão de 5-9-1928, do Tribunal da Relação de Minas Gerais, na Revista Forense, vol. 51, pág. 575; ANTÔNIO LEOPOLDO DOS SANTOS, juiz de direito de Curitiba, sentença de 26-4-1927, no Paraná Judiciário, vol. 10, págs. 179-180; JOÃO TÚLIO MARCONDES DE FRANÇA, procurador geral da justiça do Estado do Paraná, parecer de 23-6-1927, no Paraná Judiciário, vol. citado, pág. 181. No acórdão publicado na Revista Forense, vol. 46, pág. 318, o Tribunal da Relação de Minas Geraiis assinala a divergência de seus membros, na presente questão.

(48) Acórdão de 18-5-1923, nas Decisões dêsse ano, vol. 2.º, pág. 613; acórdão de 5-12-1929 (SEGUNDA CÂMARA), no correspondente vol. de Decisões, pág. 684; de 29-4-1929 (SEGUNDA CÂMARA), na apelação cível n. 4116, de Pinheiro Machado, entre partes Francisco Tomás de Ornelas e sua mulher, apelantes, e João Antônio Luiz e outros, apelados (inédito); de 25-9-1930 (CÂMARAS REUNIDAS), nos embargos cíveis n. 3953, entre partes Nocieto José da Silva e outros, embargantes, e Severo José da Silva e outros, embargados (inédito); de 6-1-1931 (SEGUNDA CÂMARA), na apelação cível n. 3995, de Caxias, entre partes Zelinda Scotti Leonardelli e filhos, apelantes, e Basílica Leonardelli Brandt e outros, apelados, confirmado, neste ponto, em embargos, pelas CÂMARAS REUNIDAS, acórdão de 10-10-1931 (inéditos). Sôbre o acórdão de 6-9-1926, da SEGUNDA CÂMARA, e o voto do desembargador CAIO CAVALCANTI, no acórdão de 25-9-1930, das Câmaras Reunidas, veja-se o que dissemos em a nota 10.

(49) Assim no citado acórdão de 18-5-1923, do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL (Decisões, II, pág. 613), procura-se justificar a admissibilidade da ação de nulidade da venda, em vida do ascendente vendedor, invocando o "interêsse moral" do descendente discordante em ver judicialmente reconhecido seu direito violado pela mesma venda. Invocação que se nos afigura desacertada (veja-se E. ESPÍNOLA, Manual e vol. cits., pág. 125 e segs.): o que justifica a propositura da ação declaratória, antes da morte do ascendente, é o interêsse econômico do descendente autor na segurança daquele direito patrimonial (vejam-se os autores cits. em a nota 16). Aprecie-se, porém, no acórdão criticado, a exatidão dos seguintes conceitos: — "Na espécie, os apelantes (autores) não prestaram o seu consentimento, quando lhes assistia o **direito de manifestá-lo expressamente**, sob pena de nulidade das vendas realizadas (cód. civ., art. 1132)". "Tinham, assim um **interêsse** que lhes era **próprio, legítimo,** conforme a razão jurídica, e **atual,** subsistente desde a data em que se efetuasse a primeira transação, contravindo à norma prevista no artigo acima mencionado" (relator, o desembargador JOSÉ BERNARDO).

os deveria levar (50). Mas, bem se vê que não falta o patrocínio de boas autoridades à opinião que seguimos: — *A ação de nulidade da venda feita pelo ascendente ao descendente, ou da troca desigual entre ambos realizada, sem que os outros descendentes consentissem, pode ser proposta, ainda em vida do ascendente vendedor, ou permutante, desde o momento da conclusão do questionado contrato de venda ou permuta* (51).

(50) Assim, no citado acórdão de 10-10-1931, das CÂMARAS REUNIDAS do SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL (embargos cíveis n. 3995, relator o desembargador CAIO CAVALCANTI) — data-se o nascimento da ação de nulidade do dia em que foi transcrito, no registro de imóveis, o instrumento contratual da venda de bens de raiz. Ora, se a ação de nulidade se baseia no direito consagrado pelo art. 1132 do código civil e se êsse direito é violado, deesde que o ascendente venda ao descendente, sem que os outros descendentes expressamente consintam, — desde o momento em que se conclui a venda, sem êsss consentimento, surge a ação, independentemente da efetiva transferência do domínio da coisa vendida.

(51) Quando a venda, ou permuta desigual, se realiza por interposta pessoa, entendem uns que a ação de nulidade pode ser proposta, desde que se efetue a venda ao intermediário (TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PÔRTO, acórdão de 15-4-1913, especialmente a segunda tenção a que se reposta, na Revista de Direito, de Bento de Faria, vol. 29, pág. 97), decidem outros que não o poderá, antes de celebrada a revenda pelo intermediário ao descendente comprador (SUPERIOR TRIBUNAL DO RIO GRANDE DO SUL, Câmaras Reunidas, acórdão de 10-10-1931, nos embargos cíveis n. 3995). Em tais casos, que são, aliás, os mais freqüentes, ocorre, porém, a interferência de elementos estranhos ao assunto destas notas, dependendo a solução do problema dos princípios e regras peculiares à fraude, à lei e à simulação dos atos jurídicos.

ALFORRIA E LIBERDADE

Elpídio F. Paes

1 — Intimamente ligada a um mundo que reconhecia ao vencedor o direito de matar o vencido ou transformá-lo em mero elemento de propriedade, não pôde Roma fugir à mácula da escravidão. Reconhecendo, nesta, muito embora, um fato contrário à natureza (...quis contra naturam subiicitur", D.1.5.4.1), aceitaram-na os romanos como instituição comum a todos os povos ("...constitutio iuris gentium", ibidem). Nessa dubiedade, proclamavam a igualdade dos sêres humanos perante a ordem natural ("quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt", D.50.17.32); para reduzi-los, em seguida, a ínfima condição na ordem civil ("quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur").

2 — Havia, contudo, meios de corrigir êsse mal, restituindo o homem à liberdade. De um lado, o remédio legal comum, em que o próprio senhor desligava o escravo do domínio, da condição servil: a manumissão; de outro lado, meios de quebrar o vínculo servil independentes dessa interferência direta do senhor.

3 — Quanto à manumissão, assim a definem as Institutas de Justiniano: "Manumissio est datio libertatis" (I.1.5.pr.). Esclarece ainda o texto que a manumissão afasta o homem de uma servidão constituída legalmente: "ex iusta servitute". Realmente, a *servitus* é a condição a que fica reduzido o ser humano submetido ao *poder*, à *autoridade*, ao *domínio* de outrem: "sub manu esse". Pois "manus", em tal caso, designa autoridade, poder, dominação (pois é a *mão* que permite ao homem apoderar-se diretamente das coisas, submetê-las à sua vontade). Por isso (diz o texto), "quamdiu quis in servitute est, *manui* et potestati suppositus est". (ibidem) Ora, a manumissão vem precisamente subtrair o escravo a tal poder: "manumissus liberatur a potestate". (ibidem) E Ulpiano, interpretando o vocábulo pela sua estrutura, diz muito bem que "est manumssio, *de manu mittere*, id est, datio libertatis". (D.1.1.4.pr.) (1) Terêncio, em sua comédia Fórmio (5.5.2; 830), usa a forma integral: "Nam emissast manu". (2)

(1) Isidoro (Orig. IX, 4. 48) repete essa noção, acrescentando-lhe informações de ordem processual: "Manumissus dicitur quasi manu emissus. Apud veteres enim quotiens manu mittebant, alapa percussos circumagebant, et liberos confirmabant; unde et manumissi dicti, eo quod manu mitterentur".

4 — O escravo alforriado (manumissus) tomava a denominação de *libertino*: "Libertini sunt, qui ex iusta servitute manumissi sunt". I.1.5.pr.); ou ainda de *liberto* (libertus), que aparece nos textos com a mesma freqüência que aquêle. (3)

5 — Assim como a escravidão, era a alforria estranha às primitivas instituições romanas; por isso atribuíam-lhe a introdução ao direito das gentes: "Quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi". (Ulp.D.1.1.4)

6 — Dos próprios textos citados em parágrafos anteriores ressalta prontamente uma exigência fundamental para eficácia da manumissão: a *iusta servitus;* era indispensável que o *dominus* exercesse *iure* a *manus* sôbre o *servus*. Sòmente o legítimo proprietário poderia realizar a manumissão, que era verdadeira *alienatio rei mancipi.*

Ademais, era mister que a manumissão se processasse segundo ritual estabelecido: *manumissio recte* seu *legitime facta.* Só então alcançaria plenamente seu objetivo: transformar um escravo em cidadão.

7 — Gaio, que denomina a alforria *iusta ac legitima manumissio,* diz que esta se fazia de 3 modos: *vindicta, censu, testamento.* (G.1.17)

Por isso dizia Cícero (Top.2.10) que "si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber..." Pois a liberdade assim obtida não o levaria à *civitas.*

A simples vontade do senhor, manifestando-se fora daquelas três modalidades, não tinha, portanto, eficácia.

(2) Parece-nos que labora em grave equívoco o professor João Henrique ao afirmar, em se *Direito Romano* (I, 116, § 245), que "etimològicamente, manumissão *(manu missio)* significa estar sob o poder de alguém, eqüivale a *manui subesse*, ou *sub manu domini*, isto é, viver sob a autoridade do senhor. O ato que livrava o escravo de estar sob o poder teve por êsse motivo o nome de *manumissão''*. Não logramos perceber como poderia *manumissão* significar, ao mesmo tempo, "estar em poder de alguém" (in manu esse) e "livrar alguém dêsse poder'' (e manu mittere); e principalmente porque, dentro da mesma forma, um sentido será conseqüência do outro. O sentido de "mittere'' é *enviar, mandar para,* e não *estar.* Estranho conúbio!...

(3) Segundo Maynz (Cours, III, 134, § 337), *libertinus* era têrmo absoluto, que servia de indicar o escravo fôrro *(manumissus)* em geral; e *libertus* significava o mesmo indivíduo em relação ao patrono. Informa Suetônio (Cl. 24. 1) que, em tempos recuados, a palavra *libertinus* não apontava o escravo fôrro, senão o filho dêste, que já nascia livre: "...temporibus Appii, et deinceps aliquandiu *libertinos* dictos, non ipsos qui manumitterentur, sed ingenuos ex his procreatos''. E Isidoro (Op. cit. IX, 4. 47) repete, sumàriamente, a informação, procurando explicá-la: "Libertinorum autem filii apud antiquos *libertini* appellabantur, quasi de libertis nati''.

8 — Por outro lado era necessário que essa vontade, assim jurìdicamente manifestada, fôsse aprovada pelo povo. Na vindicta, era o povo, de início, representado pelo cônsul, depois igualmente pelo pretor, e ainda pelo procônsul e presidente de província; no censo, pelo censor; no testamento, diretamente no *comitium calatum,* em que se aprovava aquêle ato de última vontade; mais tarde, por 30 lictores; e, finalmente, por cinco testemunhas.

Essa interferência do povo na manumissão se justificava plenamente, porquanto o ato interessava não sòmente ao senhor (atingido principalmente em seu patrimônio), mas igualmente à sociedade, em que se ia introduzir um novo elemento, cuja ação poderia ser nociva.

9 — Quanto ao papel do escravo no ato manumissor, deve notar-se que, segundo os romanistas, sua vontade nenhuma influência exercia. Accarias procura deduzir isso do C.7.2.15.2: "Sin vero quidam ex servis libertatem amplexi fuerint, alii autem censuerint esse respuendam: et in hunc casum extendendam est divi Marci oratio et procul dubio et in hac specie audiendum est petitor hereditatis et *maneat liberum arbitrium servorum,* sive ad libertatem venire volunt sive in servitute remanere. Licet enim romanam civitatem recusare nemini servorum licitum sit: tamen in hoc casu, ne propter quorundam indevotionem alii maneant in servitute, volentibus quidem omnibus servis licere in libertatem pervenire, *nolentibus autem quibusdam, vel recusantibus, spontaneam servitutem imminere oportet,* et quem patronum habere noluerint, dominum suum, et forsitan acerbum, sentiant". Contudo, no texto aduzido (parece-nos) o que se pode honestamente deduzir é que a recusa de alguns escravos incluídos na manumissão causa mortis não poderia prejudicar aos demais. Ora, se era lícito ao escravo recusar o benefício que se lhe oferecia e permanecer em servidão, não se poderá negar, que, pelo menos em certos casos, a vontade do escravo teria valor.

10 — O primeiro modo de manumissão apontado no texto latino é a *vndicta.* Era um modo público e inter vivos de libertar os escravos. Dêle participavam o magistrado, o senhor e uma pessoa que falasse em favor do escravo.

A vindicta era um processo *fictício,* em que os participantes imitavam a verdadeira reclamação da liberdade — *liberalis causa, vindicatio in libertatem,* que assim se realizava: um homem livre, conservado ilegalmente *in servitute,* podia reconquistar a liberdade provocando a interferência do magistrado; mas, como, em tal situação, não podia diretamente *lege agere* (porquanto "servo nulla actio est", D.50.17.117), era-lhe preciso alguém que fizesse a *vindicatio;* essa pessoa era o *adsertor libertatis* (*vindex*). Diante do magistrado, o

adsertor, segurando o escravo com uma das mãos e com a outra empunhando uma vara (*festuca, vindicta*) (4), declarava livre o vindicando (in libertatem proclamabat, vindicabat), e o tocava com a vara. O falso *dominus,* contrariando (contravindicatio), respondia-lhe: "Ego contra aio hunc hominem meu esse ex iure Quiritium". Intervinha, então, o magistrado, determinando: "Mittite ambo hominem". Após essa *manuum consertio,* dava-se o *sacramentum,* e, finalmente, a solução do caso, pelo reconhecimento ou não da liberdade do reclamante. (5)

11 — Tomando por modêlo (pelo menos em parte) essa *liberalis causa,* criaram os romanos a *manumissio vindicta.* (6) Aqui também compareciam, perante o magistrado, o senhor, o escravo e o *adsertor;* e êste, cumprindo o mesmo ritual apontado, segurava o escravo (7) e dizia: "Hunc ego hominem liberum esse aio ex iure Quiritium secundum suam causam". E tocando o escravo com a vara, aditava: "Sicut dixi ecce tibi vindictam imposui". Então o magistrado perguntava ao senhor se desejava contravindicar (interrogabat eum qui cedit, an contra vindicet); ao interrogado cabia ou manter-se em silêncio ou confirmar explìcitamente com as palavras: "Hunc ego hominem liberum esse volo". (8) Em seguida (9), o senhor, como último sinal de sua vontade de renunciar ao seu domínio, dando um leve tapa (*alapa,* Isid., ib.) no escravo, dava-lhe um impulso, fazendo-o girar sôbre si mesmo (circumagere, vertere servum), e lhe dizia: "Abito quo voles". Dito isso, retirava as mãos (emittebat eum e manu — Paulo Diácono). Em face da aquiescência tácita ou expressa, o magistrado, tocando, por sua vez, o vindicando,

---

(4) "Vindicta (diz Boécio, Com. in Cic. Top. 1. 20. 10) vero est virgula quaedam, quam lictor manumittendi servi capiti imponens eumdem servum in libertatem vindicabat..." Essa vindicta ou festuca, segundo esclarece Gaio, era substituta da *hasta,* primitivo símbolo da propriedade romana: "Festuca autem utebanturquasi hastae loco, signo quodam insti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur". (Com. 4. 16. f.).

(5) A *liberalis causa* seguia o rito da *legis actio sacramenti.*

(6) Entretanto, Henri Lévy-Bruhl (Quelques problemes du trés ancien Droit Romain, 56 passim) procura demonstrar que, na vindicta, não comparecia o *adsertor* (nem o dicto), ou que, pelo menos, não era êste figura obrigatória no ato; segundo Bruhl, portanto, a declaração de liberdade sempre foi feita pelo próprio senhor. No entanto (como bem pondera Giffard, Précis, I, 190), Boécio (loc. cit.) e Teófilo (ad I. 1. 5. 4) confirmam a *proclamatio* por um estranho. Cr. o cit. passo de Hermógenes.

(7) Diz o professor João Henrique, em seu já citado livro (I, 117, § 249), que o adsertor "*agarrava o escravo pela mão*", parecendo significar que havia obrigatoriedade de "pegar a mão do escravo", quando em verdade podia o assertor tocar outra parte do corpo dêste; exatamente como fazia o senhor, consoante informa Paulo Diácono (citado por Serafini): "...cum dominus eius aut caput aiusdem servi aut aliud membrum tenens dicebat..." A questão, que, para nós, seria superficial, tinha importância dentro da organização jurídica romana.

(8) Palavras registradas por Paulo Diácono. — Havia nesta espécie de manumissão verdadeira *in iure cessio,* em que o senhor fazia o papel de *cessor.* O silêncio dêste eqüivalia a uma *confessio in iure.*

(9) Porém é mera regra de caráter prático, sem maior importância para validade do ato.

fazia a *addictio libertatis* (servus in libertatem addicebat), com as palavras: "Aio te liberum esse more Quiritium". (10)

12 — Embora fôsse o escravo elemento passivo na manumissão, era necessária sua presença como objeto dessa espécie de *in iure cessio*, pois o *vindicator* devia *tocar a coisa* (rem tenens), segundo o preceito estatuído em G.2.24.

13 — Provàvelmente perceberam, de pronto, os romanos os inconvenientes dêsse complicado formalismo, que dificultava a manumissão, e procuraram escoimá-la de tais exageros. De modo que, já no período imperial, encontrâmo-la reduzida a têrmos mais simples. Confessa Ulpiano que, "cum in villa cum praetore fuisset, passus est apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset". (D.40.2.8) E Hermógenes acrescenta que "verba solemnia, licet non dicantur, ut dicta accipiuntur". (D.40.2.23) Bastava, pois, que o senhor manifestasse a vontade de manumitir e fôsse esta confirmada pelo magistrado, para que a alforria produzisse efeito. (11)

14 — Para evitar que, mais tarde, por fraude ou por êrro, visse o liberto contestada a manumissão, dever-lhe-ia ser fornecido um documento comprobatório do ato (instrumentum manumissionis): "Sicut datam libertatem manumissis adimere patronus non potest: ita manumissionis instrumentum praestare cogitur". (C.7.16.26) Avultou, sem dúvida, o interêsse do documento, quando abolidas as solenidades que davam maior realce e repercussão ao ato manumissor. Entretanto, a perda ou omissão do instrumento não tirava ao liberto a possibilidade de provar a alforria por outros meios: "Sicut instrumenta praetermissa manumissionis recte factae nullum afferunt praestitae libertati vitium, ita si servum ad libertatem produxisti, instrumentorum amissio nihil ei nocere potest". (C.7.16.25)

15 — A manumissão pelo censo se fazia quando, por ocasião do recenseamento, o senhor permitia ao escravo que prestasse declarações censitárias, como se fôsse livre: "Censu manumittebantur olim qui lustranti censu Romae iussu dominorum inter cives romanos censum profitebantur." (Ulp.Reg.1.8) Pois, como diz Boécio (ad Top.1.2.10), "censebantur antiquitus soli cives romani". Si quis ergo consentiente vel iubente domino nomen detulisset in censum civis romanus fiebat et servitutis vinculo solvebatur, atque hoc

(10) Do emprêgo da vara adivinha o nome específico atribuído ao ato: *manumissio vindicta* ou *per vindicationem*. Entretanto, Lívio (repetido por Teófilo) informa que tal expressão resultou provàvelmente da alforria concedida (pela primeira vez em Roma) a um escravo chamado Vindicius, como recompensa por ter denunciado uma conspiração: "...praemium indici pecunia ex aerario, libertas et civitas data. Ille primum dicitur vindicta liberatus; quidam vindictae quoque nomen tractum ab illo putant; Vindicio ipsi nomen fuisse". (II, 5. 10).

(11) Nem era necessário que o magistrado se encontrasse no tribunal: "Non est omnino necesse pro tribunali manumittere: itaque plerumque in transitu servi manumitti solent, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit Praetor aut Proconsul legatusve."

erat censu firi liberum, per consensum domini nomen in censum deferre et effici civem romanum".

16 — Afirma Cícero (De or.1.40.183) que, já em seu tempo, se indagava — "is qui domini voluntate census sit, continuone, an ubi lustrum sit conditum, libert sit"? Essa controvérsia também apontada por Dositeu (Fragm.regul.1.17): "Magna autem dissensio est inter peritos, utrum eo tempore vires ac accipiant omnia quae in censu aguntur an eo tempore quo lustrum conditur". E esclarece: "Sunt enim qui existimant non alias vires accipere quae in censu aguntur, nisi haec dies sequatur, qua lustrum conditur; existimant anim censum descendere ad diem lustri, non lustrum recurrere ad diem census: quod ideo quaesitum est quoniam quae in censu aguntur lustro confirmantur". Baseados nessas palavras, dizem Serafini e outros romanistas que a inscrição só produzia efeito "lustro condito", i. e, entre uma lustratio e outra (espaço de cinco anos), não adquiria o escravo sua liberdade. Qual, então, a situação do escravo? Teria essa discussão doutrinária *fôrça de lei?* Permaneceria o manumitendo *in servitute* ou ficaria *in libertate?* Poderia o senhor, antes de consumado o lusto, anular a realidade da declaração censitária? Não no dizem as fontes, nem os autores que conhecemos.

17 — A *manumssio per censum* não foi usada nas províncias, onde o *censum* era substituído pelas *professiones*. Mesmo em Roma caiu o censo em desuso (in desuetudinem abiit), na época imperial, com a negligência na realização do recenseamento, que pràticamente desapareceu sob Vespasiano. Gaio, no já cit. Com.1.17, não esclarece isto, e antes parece afirmar que, em seu tempo, ainda existia (e é possível que sim) essa espécie de alforria; mas Ulpiano, nas Reg.1.8, diz claramente — "censu manumittebantur *olim*". Entretanto, ainda no a.p.C.n. 249, houve indagações censitárias, sob o imperador Dácio, portanto depois de Ulpiano; e parece que foram as últimas.

As *professiones* substituíram o censo até na Itália, e, no fundo, prestavam o mesmo serviço que êste, sem a intervenção do censor e das cerimônias religiosas.

18 — Dois grandes inconvenientes apresentava a *manumissio censu* (que segundo alguns romanistas foi a primeira surgida em Roma): o longo intervalo que separava um recenseamento de outro e o fato de sòmente na Urbs poder realizar-se. Isso, naturalmente, contribuiu para que lhe fôsse preferida a vindicta. (12)

(12) Ainda que não possamos determinar com rigor a prioridade de uma dessas alforrias, somos levados a aceitar a precedência da *vindicta*, apoiados na palavra de Lívio (1. 42. 5), que atribui a Sérvio Túlio a instituição do recenseamento. Ainda que a crítica histórica haja de certo modo impugnado a existência ou pelo menos parte da atuação que Lívio aponta para êsses primeiros governantes de Roma, podemos, contudo, aceitar a localização do censo. Antes disso, portanto, não teria havido possibilidade de manumitir *per censum*. Cf. ainda Girard, Manuel, 115,e May, Éléments, 83.

19 — Além dêsses dois modos solenes (públicos) inter vivos, havia, consoante vimos, a manumissio testamento, alforria por ato causa mortis. Primitivamente, o testamento devia ser aprovado em comício: "Testamentorum autem genera inicio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa et armatus exercitus: alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri". (G.2.101; cf. I.2.10.1) Incluída no testamento, era, pois, a alforria aprovada diretamente pelo povo.

20 — A *manumissio per testamentum* podia assumir dois aspectos: ou o testador proclamava pura e simplesmente a liberdade do escravo, ou encarregava alguém (o herdeiro, p. e.) de promover essa libertação. No primeiro caso, a manumissão se dizia direta; no segundo, fideicomissária.

A *manumissio directa,* portanto, se fazia sem mediação: "Libertas et directo potest dari hoc modo — LIBER ESTO, LIBER SIT, LIBERUM ESSE IUBEO..." (Ulp.Reg.2.7) Incluía-se, é claro, o nome do escravo, a fim de que fôsse possível determiná-lo e cumprir a vontade do testador: "Stichum liberum esse iubeo". Sobrevinda a morte do testador, feita a adição da herança, tornava-se livre pleno iure o escravo; pois, como os legados *per vindicationem,* a *libertas directa* era adquirida desde a *addictio hereditatis,* sem qualquer ato especial do herdeiro. Mas apenas poderia ser deixada por testamento ou por codicilo confirmado: "Libertates directae et testamento, et codicillis testamento confirmatis recte dantur..." (D.11.4.48)

21 — O escravo assim manumitido não se fazia liberto do herdeiro, senão do testador, do qual decorrera direta e integralmente a manumissão; e, como testador estava *apud Orcum* (14), dizia-se que o manumitido era *liberto orcino*: "Is, qui directo liber esse iussus est, orcinus fit libertus". (Ulp.Reg.2.8) (15)

22 — A manumissão fideicomissária se realizava de maneira indireta, porquanto o testador cometia ao herdeiro ou legatário a

(13) *Comitium calatum* — expressão ligada à idéia de convocação solene *(calare)* que se fazia em nome do pontífice, reunindo-se o povo junto à Cúria Calabra, no Capitódio: "Itaque, sacrificio a rege et minore pontifice celebrato, idem pontifex calata, id est vocata, in Capitolium plebe iuxta curiam Calabram, quae casae Romuli proxima est..." (Macr. S. 1. 15. 10). Diz Bonjean (Explication méthodique, I, 654) que os primitivos romanos exigiam a aprovação pública do testamento porque o consideravam como verdadeira *lei particular* que *derrogava* a lei geral da sucessão ab intestato. Segundo Teófilo (Ad Int. II. 20. pr.), o povo se limitava a assistir à exposição do testamento; discorda, porém, Serafini (Instit. II, 300), para o qual o povo se manifestava aprovando ou não. Por outro lado, diz o mesmo autor, não seria o testamento, nesse instante, lido pelo testador, pois, *ex iure publico,* não podia um particular ler um projeto de lei perante o comício.

Diz May (op. cit. 84) que o escravo manumitido por essa forma estava na situação das pessoas beneficiadas pelo testador, e a disposição a seu favor era uma espécie de legado: o legado da liberdade.

(14) Isto é, estava morto.

(15) Cf. I. 2. 24. 2: "At is, qui directo testamento liber esse iubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam orcinus appellatur".

missão de consumar a alforria: "Libertas... per fideicommissum dari potest, ut puta, ROGO, FIDEI COMMITTO HEREDIS MEI UT ISTE EUM SERVUM MANUMITTAT". (Ulp. Reg. 2.7)

Também se podia fazer a declaração *per damnationem*: "Heres meus damnas esto manumittere servum meum..."

23 — Contràriamente ao que sucedia com a manumissão direta, a fideicomissária podia recair em escravos alheios: "Per fideicomissum libertas dari potest tam proprio servo testatoris, quam heredis aut legatarii vel cuiuslibet extranei servo". (Ulp.Reg.2.10) (16)

Tratando-se de escravo alheio, deveria ser adquirido e manumitido. Caso não quisesse o dono do escravo cedê-lo no momento, nem por isso desaparecia o encargo imposto ao herdeiro: "Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex iudicio eius qui reliquit libertatem perceperit, non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur; quia possit, tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, praestari libertas". (I.2.24.2)

24 — Pela manumissão fideicomissária passava o escravo a liberto do herdeiro ou legatário, que promovera a manumissão: "...is autem cui per fideicommissum data est libertas, non testoris, sed manumissoris fit libertus". Ulp.Reg.2.8) Pouco importava se tratasse de escravo do próprio testador: "Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed eius qui manumittit". (I.2.24.2)

25 — Podia o testador, cumulativamente com a declaração de liberdade, investir o escravo na qualidade de herdeiro. (17) Originàriamente, para que fôsse eficaz (*olim,* dizem as I.2.14.pr.) a instituição de herdeiro, era mister que fôsse acompanhada ou precedida da declaração de liberdade, em se tratando de escravo do testador: "Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet". (G.2.186) Neste caso a declaração se fazia nestes têrmos: "Stichus servus meus liber heresque esto" (ou "heres liberque") (ib.). Tão rigorosa era essa exigência, que, instituído herdeiro sem a *proclamatio in libertatem,* embora depois fôsse manumitido pelo dono, não poderia adir a herança; e, se alienado, não poderia adir a herança em nome do novo dono, por isso que, explica o comentador, não permanece em sua pessoa a instituição anteriormente feita: "Nam si sine libertate sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit: ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini cernere hereditatem". (G.2.187) Se, ao contrário, a instituição se fizesse com a libertação, e o beneficiado permanecesse nessa condição, manumitido pelo testa-

(16) Quanto à manumissão direta, dizem as Institutas de Justiniano (2. 24. 2. f.): "Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur".

(17) "Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt". (G. 2. 185).

dor, ainda vivo, poderia adir a herança como quisesse. Se alienado, deveria, entretanto, adir a herança em nome do novo proprietário, porque recaía no caso comum de escravo herdeiro: "Cum libertate vero heres institutus si quidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber et inde necessarius heres. Si vero ab ipso testetore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. Quod si alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet, qua ratione per eum dominus fit heres; nam ipse neque heres neque liber esse potest". (G.2.188)

26 — Em se tratando de escravo alheio, não havia necessidade da cláusula de liberdade, porquanto esta ficaria dependente do estranho dono do escravo, e, sem sua vontade, ficaria inoperante: "Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate vel sine libertate". (Ulp. Reg.22.7) Se a sucessão se abrir na vigência de tal situação, isto é, continuando o beneficiado na servidão e herdeiro, poderá êle adir a herança, mas por determinação do respectivo dono: "Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet..." (G.2.189)

Se, entretanto, fôr vendido pelo senhor, quer antes, quer depois da morte do testador, só poderá adir a herança por ordem do novo dono: "...si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere..." (ib.) No caso de ter sido manumitido, porém, fará a adição como quiser: "...si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest". (ib.; cf. ainda G.2.190)

27 — É preciso não esquecer que o benefício da instituição hereditária atingia ainda os escravos que estivessem sujeitos ao regime de usufruto: "Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usufructum habente". (I.2.14.pr.)

28 — Por outro lado, Justiniano facilitou êsse modo de alforria, declarando-a válida, embora sem a declaração de liberdade: "...hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est; quod non per innovationem induximus, sed quoniam et equius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum, quam ad Plauitum scripsit, refert." (I.2.14.pr.)

29 — Caso similar ocorria com a tutela: o escravo podia ser nomeado tutor dos filhos do testador, desde que, no mesmo ato, se fizesse a instituição da tutela e a *proclamatio;* entretanto, Justiniano, também aqui, simplificou a situação, derminando que a simples instituição de tutela era bastante a manumitir o escravo, de vez que o testador, declarando o escravo tutor de seus filhos, òbviamente manifestava o desejo de manumiti-lo: "Sed et servus proprius testamento

cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, eum et sine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepisse videri, et per hoc recte tutorem esse". (I.1.14.1) Naturalmente, não gozavam tal benefício aquêles escravos que, na persuasão de que fôssem livres, o testador nomeava tutores: "Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est". (Ib.)

Não poderia, contudo, instituir tutor um escravo alheio, porquanto não era cabível deixar os interêsses do menor dependentes da atitude de um estranho: "Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor; sed ita cum liber erit, utiliter datur".

Se o escravo instituído tutor ainda não houvera atingido os 25 anos no momento da adição da herança, tornava-se livre desde logo, porém só assumia a tutela no momento em que atingisse a idade legal: "...liberum quidem ab adita hereditate esse, tutellam autem post ligitimam aetatem onerari". D.26.2.32.2)

30 — Manumitido o escravo, era de presumir que pretendesse o manumissor propiciar-lhe, juntamente com a liberdade, recursos para viver honestamente; e assim permitia-lhe guardar o pecúlio como legado; e tudo que, em vida do testador, aumentasse ou diminuísse no pecúlio, refletir-se-ia no legado, que suportaria os lucros ou perdas, conforme a situação: "Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore legatarii lucro vel damno est". (I.2.20.20)

Se estabelecido o legado do pecúlio, e morto o testador, mas antes de feita a adição da herança, houvesse o escravo legatário adquirido por si alguma coisa, esta reverteria em seu benefício, ingressando em seu patrimônio: "Si post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus adquisierit, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere..." (ib.) Mas se o pecúlio não houver sido legado ao manumitido, não cabe a êste o direito de reclamá-lo: "Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur..." (Ib.) E mui claramente o diz a Constituição de Diocleciano e Maximiano, de 294, quando especifica a diferença entre a manumissão inter vivos e causa mortis: "Longe diversam causam eorum, qui a superstitibus manumittuntur, item illorum, quibus testamento libertas relinquitur, esse dissimulare non debueras, cum superiore quidem casu concessum tacite peculium, si non adimatur..." (C. 7.23) Ao passo que, para o legado peculiar, torna-se necessária uma declaração expressa: "...posteriore vero, nisi specialiter fuerit datum, penes successorem remanere sit iuris evidentis". (ib.)

31 — O simples legado do pecúlio, porém (consoante rescrito dos imperadores Severo e Antonino), não dava ao servo legatário o direito de reclamar o que dissesse ter gasto com seu antigo senhor: "Cum peculium servo legatur, non enin eo conceditur, ut petitionem

habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit". (D.33.8.6.4) Entretanto (como observa Ulpiano) tal rescrito não se referia ao que o próprio testador confessasse sua dívida, assim demonstrando sua vontade de que o escravo fôsse ressarcido: "Quid tamen, si haec voluntas fuit testatoris? cur non possit consequi? certe compensari debet hoc, quod impendit, cum eo, quod domino debetur". (Ib.)

32 — Outro ponto, que separa os meios inter vivos dos causa mortis, é que, em regra, a vindicta e o censo não vêm acompanhados de condição ou têrmo: em ambos se afirma a liberdade do escravo. A manumissão testamentária, porém, podia ser instituída *ex die* ou *sub conditione*. Assim feita a adição da herança, passava o escravo a uma categoria especial, que se denominava *statuliber*: "Qui sub conditione testamento liber esse iussus est, statu liber appellatur". (Ulp.Reg.2.1) (18)

Em tal situação, ficava êle em poder do herdeiro, até que sobreviesse o têrmo ou a condição: "Statuliber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est". (Ulp.Reg.2.2) Os textos jurídicos oferecem vários exemplos de condição usada em tal assunto: "sub hac conditione liber esse iussus, si decem millia heredidederit..." (Ib., ib., 2.4); ou então "estraneo pecuniam dare iussus et liber esse..." (id.ib.2.6); ou ainda se prestasse serviço ao herdeiro ou a outrem (D.40.7.44). Havia, entanto, outras circunstâncias que determinavam o aparecimento do statuliber, como o da manumissão feita em fraude de credores, como vimos no citado texto de Paulo (v. nota 17)

33 — Podia ocorrer que o statuliber encontrasse obstáculos ao cumprimento da condição, e, nesse caso, a lei apenas exigia que atendesse *pessoalmente* à condição imposta, com o zêlo normal, ficando perfeitamente assegurado contra a má vontade ou fraude do herdeiro ou legatário: "Si per heredem factus sit, quominus statuliber conditioni pareat, perinde fit liber atque si conditio expleta fuisset". (Ulp.Reg.2.5) "...et si cui iussus est dare, aut nollet accipere, aut antequam acceperit moratur, perinde fit liber ac si pecuniam dedisset". (I.ib.2.6)

34 — Ainda que o estatuliber fôsse alienado ou usucapido antes de sobrevinda a condição, nem por isso perdia o benefício de que fôra investido: "Statuliber, seu alienentur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit". (Id. ib.2.3) E se for manumitido pelo herdeiro antes do advento da condição, ficará, apesar disso, liberto orcino: "...se manumittatur, non perdit spem orcini liberti". (Id.)

(18) "Fiunt autem statuliberi vel conditione expressa, vel vi ipsa. Conditione expressa quid est, manifestum est. Vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur; nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt..." (Paluo, D. 40. 7. 1.).

35 — A condição de statuliber só se constitui com a adição da herança: "Sed statuliber causam non prius servus nanciscitur, nisi adita vel ab uno ex institutis hereditate." (D.40.7.2.pr.)

Era lícito ao escravo lançar mão do pecúlio para satisfazer a condição estatuída, desde que o senhor lho houvesse legado: "Quaesitum est, unde dare debebit? quoniam, et si concessum est statulibero de peculio dare, hoc tamen, quod apud hunc, qui redemit, habet, numquid vice illius sit, quos apud hostes quaesiisset. Utique, si ex re illius, aut ex operis suis quaesitum est; ex alia autem causa parto peculio potest dare, ita ut conditioni benigner eum paruisse credamus". (D.49.15.12.11)

36 — Era outrossim indispensável que o escravo cumprisse integralmente a condição, porquanto se a realizasse apenas em parte não alcançaria a liberdade: "Si decem iussus dare et liber esse, quinque det, non pervenit ad libertatem nisi totum det..." (D.40.7.3.5) E tão ineficaz se mostrava essa entrega parcial, que o dono do dinheiro (que o fornecera ao escravo) poderia reclamá-lo nesse intervalo: "...interim igitur vindicare quinque nummos dominus eorum potest". (Ib.) Considera-se, aqui, que, não cumprida a condição, não fôra transmitida a propriedade da moeda, o que só ocorreria quando, persistindo o depósito dessa prestação inicial, o escravo completasse o pagamento: "Sed si residuum fuerit solutum, tunc etiam id alienatum, cuius ante dominium non erat translatum; ita penit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro nummi fiant accipientis, sed tunc, cum residua summa fuerit exsoluta". (ib.)

37 — E se houvesse o escravo entregue mais do que devia? Conquistaria a liberdade e reclamaria o excedente: "Si plus, quam iussus erat, dederit, statuliber, puta decem iussum dare viginti dedit, sive numeravit, sive in sacculo dedit, pervenit ad libertatem, et superfluum potest repetere". (D.40.7.3.6) Não poderia, portanto, o herdeiro tomar isso como pretexto para protelar a libertação.

Se o herdeiro fôsse devedor do escravo, cabia a êste a faculdade de exigir a compensação, ao cumprir a condição estatuída: "Quod si heredi dare iussus est decem et eam summam heres debeat servo: si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber". D.40.7.20.2)

38 — Se em vez de referir-se a um herdeiro, a condição correspondesse a vários, e um dêstes se negasse a aceitar o pagamento, ficaria o statuliber garantido, se cumprisse a condição relativamente àqueles que aceitassem: "Si duobus decem datis liber iussus sit, et unus quinque accipere noluerit, melius est dicere, posse eum eadem quinque alteri offerentem ad libertatem pervenire" (D.40.7.3.3) (19)

(19) Apesar de adotarem os princípios gerais que, ainda hoje, norteiam os elementos condicionais, os romanos apresentam certos exemplos que, para nós pelo menos, são um pouco desconcertantes: "Ita liber esse iussus — SI TITIUS CAPITOLIUM ASCENDERIT, si Titius nolit ascendere, impedietur libertas". (D. 40. 7. 4. 7).

39 — No caso de manumissão a têrmo, se o prazo fixado fôsse de ano, êste seria computado à razão de 365 dias: "...quaerendum est, annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis diebus trecentis sexaginta quinque constet an quibus libet. Sed superius magis intelligendum Pomponius scribit". (D.40.7.4.5)

Se o escravo porventura adoecesse durante alguns dias, êstes não se descontariam do prazo, antes se reputariam de efetivo serviço: "Sed et si quibusdam diebus aut valetudo aut alia iusta causa impedimento fuerit, quominus serviat, et hi anno imputandi sunt: servire enim nobis intelliguntur, etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes servire propter adversam velutudinem impediuntur". (ib.)

40 — O mesmo, porém, não acontecia, quando o período condicional não se cumpria por estar foragido o escravo ou por manter pleito pela libertação, pois êsse tempo não se consideraria a seu favor: "Item Cassius ait ei, qui servire iussus est anno, illud tempus, quo in fuga sit vel in controversia pro libertate, non procedere." (D.40.7.4.6)

41 — Em virtude da irrevogabilidade da liberdade, não podia a condição ou o têrmo ser resolutivo, isto é, assinalar o fim dos efeitos da alforria; portanto, não teria valor a disposição que declarasse o escravo livre até o advento de determinado fato ou dia: "Libertas ad tempus dari non potest". (D.40.4.33) Se, por exemplo, houvesse o testador dito que o escravo seria livre por dez anos, a delimitação de tempo seria inoperante, para se considerar apenas o fato principal da libertação: "Ideoque si ita scriptum sit — STICHUM USQUE AD ANNOS DECEM LIBER EST, temporis adiectio supervacua est". (D.4.34) Se o testador dispusesse que a alforria devera iniciar seus efeitos dentro da um ano a contar de sua morte, a adição da herança tornaria imedata a manumissão, pois que a cláusula de tempo, aqui, não impunha se esperasse um ano para torná-la eficaz, senão que se consumasse dentro daquele período: "Labeo scribit, si sic libertas relicta sit — STICHUS INTRA ANNUM, POSTQUAM MORTUUS ERO, LIBER ESTO, statim eum liberum esse..." (D.40.4.41.2)

42 — Assim, inicialmente, como acentuam os Frag. Vet. Iur., 6, m., só havia "una libertas", pela qual "civitas romana competit manumissis"; e para existência da "legitima libertas", dois requisitos essenciais se impunham: a) que o escravo manumitendo estivesse "in iusta servitute", isto é, que o manumissor tivesse, sôbre êle, o domínio ex iure Quiritium; b) que a manumissão se processasse por um dos três modos públicos e solenes. Atendidos tais requisitos, o escravo se fazia *libertus civis*.

Mas, no curso do tempo, cresceu extraordinàriamente o número de manumissões, lançando no seio da sociedade grande cópia de indivíduos nem sempre aptos ou preparados para o exercício eficaz da cidadania. No fim da República, de tal sorte se agravara a situação, que o título de *civis*, sempre tão caro aos romanos, que dêle, com razão, se orgulhavam, entrou a perder seu primitivo valor moral. Verdade é que os escravos manumitidos sem aquêles requisitos não adquiriam a cidadania, antes permaneciam na *condição servil*, embora, por tolerância, "in libertate morarentur" ("Tantum serviendi metu liberabantur"); ao manumissor cabia o direito a tudo quanto adquirissem, bem como a prerrogativa de fazê-los regressar à servidão ("in potestatem reducere"): "Hi autem servi, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et manumissores audebant eos iterum per vim in servitutem ducere. Omnia autem tamquam servus adquirebat manumissori; vel si quid stipulabatur, vel si per scripturam accipiebat, vel ex quacumque alia causa acquisierat, domini hoc faciebat, hoc est, manumissi omnia bona ad patronum pertinebant". (Frag. Vet. Iur., 6-7).

43 — Porém o pretor, pouco depois, reconhecendo a injustiça de tal situação, procurou corrigi-la, assegurando ao escravo a continuidade dessa liberdade de fato, isto é, propiciando ao manumitido irregularmente um meio de escapar à obrigação de servir: "...sed interveniebat praetor, et non permittebat manumissum servire". (Ib., 6, f.)

E graças a essa influência modernizadora do pretor, foram-se reduzindo as exigências de ritual, de modo a facilitar a alforria, despindo-a dos exageros antigos.

44 — Assim encontramos a *manumissio per epistulam*, em que, segundo escreve Teófilo, estando o escravo ausente, em outro local, e desejando o senhor libertá-lo, escrevia-lhe uma carta (que, segundo Justiniano, devia ser subscrita por 5 testemunhas), na qual o declarava inteiramente livre: "Sancimus itaque, si quis per epistulam servum suum in libertatem perducere maluerit, licere ei hoc facere quinque testibus adhibitis, qui post eius litteras, sive in subscriptione positas sive per totum textum effusas, suas literas supponentes, fidem perpetuam possint chartulae praebere. Et si hoc fecerit, sive per se scribendo sive per tabularium, litteras servo competat quasi ex imitatione codicilli delata, ita tamen, ut et ipso patrono vivente et libertatem et civitatem habent Romanam". (C. 7.6.1.1)

45 — A *manumissio inter amicos* se realiza diante de 5 testemunhas pela declaração do senhor legítimo: "Sed et si quis inter amicos libertatem dare servo suo maluerit, licebit ei, quinque similiter testibus adhibitis, suam explanare voluntatem et, quod liberum eum esse voluerit, dicere. Et hoc sive inter acta fuerit testificatus, sive testium voces attestationem sunt amplexas, et litteras tam publicarum personarum quam testium habeant, simili modo servi ad civi-

tatem perducantur Romanam, quasi ex condicillis similiter libertatem adipiscentes". (C.7.6.6.2)

Eis um exemplo de manumissão entre amigos recolhido em Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (vol. III, 25): "M. Aurelius Ammonium Luperci fil. Serapionis nep. Helenam ancillam meam vernam annorum fere XXXIV inter amicos manumisi, et accepi pro redemptione eius drachmas Augustae MMCC ab Aurelio Alete Inaroutis Filio, ita ut supra scriptum est".

46 — A *manumissio per codicillum* era a declaração de liberdade feita causa mortis, mas fora do testamento. A ela se refere Justiniano, quando diz que "manumissio procedit... per aliam quamlibet ultimam voluntatem" (I.1.5.1). Para validade do codicilo, exigia-se a assinatura de 5 testemunhas, especialmente convidadas ou presentes por acaso: "In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem sua accommodantibus". (C. 6.36.8.3) ([20])

47 — O cristianismo, entretanto, trouxe um modo público e solene de manumissão, que, sem o complicado cerimonial antigo, emprestava ao ato um caráter mais severo do que os modos privados: foi a *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*. A ela se refere uma constituição do imperador Constantino (do a.p.C.n. 316), que reconhece a sua anterioridade ("iandudum placuit", diz o texto). Informa a dita constituição que se determinara "in ecclesia catholica libertatem domini suis famulis praestare possint", desde que o fizessem em presença do povo e do prelado ("si sub aspecto plebis adsistentibus Christianorum antistibus id faciant". C.1.13.1); do ato se deveria lavrar um documento que o comprovasse: "ut propter facti memoriam vice actorum interponatur qualiscumque scriptura, in qua ipsi vice testium signent" (ib.). Na falta disso, porém, bastaria que se pudesse demonstrá-lo de maneira satisfatória: "dummodo vestrae voluntatis evidens appareat testimonium". (ib.) Importava a admissão dessa alforria o reconhecimento da virtude cristã da caridade, como se deduz das palavras da constituição de 321 p.C.n., partida do mesmo imperador: "...qui religiosa mente in ecclesiae gremio servulis suis meritam concesserint libertatem..." (C.1.13.2); pelo que se lhe atribuía a mesma segurança dos velhos modos solenes: "...eamdem eodem iure donasse videantur, quo civitas Romana sollemnitatibus decursis dari consuevit". (ib.)

(20) A simplicidade nas manumissões chegou a tal ponto que "vel in transitu manumittantur: veluti cum praetor aut proconsul aut praesens in balneum vel in theatrum eat". (I. 1. 5. 2).

48 — Apontam ainda alguns autores a *manumissio per convivium* ou *inter epulas* ou *per mensam*, em que o senhor, desejando libertar o escravo, aproveitava a presença dos convidados num banquete ou jantar para fazer o escravo sentar-se à mesa com as pessoas livres: êsse hábito ostensivo de *igualdade* (*democracia* diríamos hoje...) era bastante a transmitir a qualidade de homem livre ao escravo. Contudo, Justiniano, ao que parece, não lhe deu expressa vigência, apesar de se tratar de processo antigo. E fàcilmente se lhe reconhecerá profunda razão ao pensar nas *loucuras* que os bons romanos praticavam em seus banquetes ao calor dos capitosos vinhos da Itália...

49 — Mas não sòmente ao *modus manumittendi* veio o direito imperial trazer inovações; também estabeleceu requisitos novos para que houvesse plenitude de eficácia na manumissão. Essas medidas visavam, de certo modo, corrigir os abusos praticados pelos romanos em matéria de alforria.

Assim, a Lei Elia Sência (provàvelmente do ano 737 R.), estabelecia as seguintes exigências para que a manumissão pública ou privada conduzisse à cidadania:

1.º) devia o manumitendo ser maior de 30 anos: "Maiores vero triginta annorum servi semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu, veluti cum praetor, aut proconsul in balneum vel in theatrum eat". (G.1.20.f.)

Se o escravo tivesse menos de 30 anos, só poderia ser manumitido por vindita e se houvesse justa causa comprovada perante um conselho especial: "Quod autem de aetate servi requiritur, lege Aelia Sentia introductum est; nam ea lex minores XXX annorum servos non aliter voluit manumissos cives romanos fieri, quam si vindicta, apud consilium iusta causa manumissionis approbata, liberati fuerint". (G.1.18)

Em Roma, segundo Gaio, "consilium adhibebatur quinque senatorum et quinque equitum romanorum puberum" (1.20); e era organizado pela autoridade consular: "Officium Consulis est, consilium praebere manumittere volentibus." (D.1.10.1.pr.) E a êle cabia igualmente a presidência, que não podia delegar a outrem. Como êsses conselhos, nas Províncias, eram verdadeiras côrtes judiciárias, que se realizavam sucessivamente em várias localidades de uma jurisdição, a fim de expedir os diversos negócios, o exame das causas manumissórias se fazia no último dia da reunião: "in provinciis... id fit ultimo die conventus" (G. ib.); ao passo que, na capital, onde havia maior facilidade, realizavam-se em dias determinados: "Romae certis diebus apud consilium manumittuntur". (Id. ib.)

Gaio enumera algumas causas consideradas justas: "Iusta autem causa manumissionis est veluti si quis filium filiamve, aut fratrem sororemve naturalem, aut alumnus, aut paedagogus, aut servum pro-

curatoris habendi gratia, aut ancillam mtrimonii causa, apud consilium manumittat". (id.1.19) No caso de *ancilla matrimonii causa manumissa* era necessário que o senhor, ao apresentar a justa causa, se comprometesse solenemente a realizar o casamento dentro de 6 meses: "Item si matrimonii causa virgo vel mulier manumittetur, exacto prius iureiurando, ut intra sex menses uxorem eam duci oporteat; ita enim Senatus censuit". (D.40.2.13.f.)

No caso de *manumissio procuratoris habendi gratia* era preciso que o escravo tivesse pelo menos 18 anos: "...vel si in hoc manumittatur, ut procurator sit, dummodo non minor annis decem octo sit..." (D.40.2.13) Por isso que "pueritiam... prohibet postulare". (D.3.1.1.5) Note-se que, em geral, se permitia o exercício do mandato dêsde que o indivíduo houvesse completado os 17 anos (idade em que envergava a toga viril): "...dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare..." (ib.) No caso da manumissão, portanto, se exigia limite um pouco mais alto.

50 — Informa Ulpiano que "sine consilio manumissum Caesaris servum manere (lex) putat" (Reg. 1.12), ainda que tenha sido manumitido por vindicta; mas se "testamento manumissum (acrescenta o mesmo jurista) perinde haberi iubet, atque si domini voluntate in libertate esset ideoque Latinus fit". (Ib.)

2.º) devia o manumissor ter pelo menos 20 anos de idade. Se o senhor fôsse menor de 20 anos não poderia agir sem justa causa: "Minor viginti annorum manumittere non potest, nec vindicta, nec testamento; itaque nec latinum facere potest: tantum enim apud consilium manumittere potest servum suum, causa probata". (Frag. Vet. Iur. 15; D.40.2.4.2) A proibição aqui, pois, é ainda mais rigorosa do que no primeiro requisito. Mas além das causas já apontadas, era permitido ao menor de 20 anos manumitir "conditionis implendae causa" (D.40.2.15.pr.); como, por exemplo, se fôsse instituído herdeiro com a condição de manumitir determinado escravo: "veluti si quis ita heres institutus sit, si servum ad libertatem perduxerit". (Id.)

3.º) devia o manumitendo estar isento de qualquer punição infamante; pois, se, antes da manumissão, houvera sido ferreteado, encadeado, torturado, ou entregue aos combates circenses (como punição), ainda que reunisse as demais condições, já não poderia alcançar a cidadania, mas era equiparado aos peregrinos deditícios: "Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sint, et in eo noxa fuisse convicti sint, quique ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, sive ludum custodiamve coniecti fuerint, et postea vel ab eodem

domino vel ab alio manumissi, eiusdem conditionis liberi fiant, cuius conditionis sunt peregrini dedititii". (G.1.13) ([21])

51 — Assim, de acôrdo com a Lei Elia Sência, apontaremos duas espécies de libertos: cidadãos e deditícios: "...modo maiorem et iustam libertatem consequebantur, et fiebant cives romanos; modo inferiorem, et fiebant ex lege Aelia Sentia dedititiorum numero." (I.1.5.3)

52 — Entretanto, a Lex Junia Norbana (provàvelmente do ano 772 R., sob o govêrno de Tibério), criou nova categoria com os escravos manumitidos sem as formalidades legais, equiparando-os aos latinos; e, porque instituiu essa situação, chamaram-se êles latinos junianos: "...eos qui nunc latini iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est. Postea vero per legem Iuniam eos omnes quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse, et appellatos esse latinos iunianos: latinos ideo, quia lex liberos perinde esse voluit atque si essent cives romani ingenui, qui ex urbe Roma in latinas colonias deducti latini coloniarii esse coeperunt; iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non cives romani..." (G.3.56)

Ainda que o manumissor não fôsse dono do escravo ex iure Quiritium, mas o conservasse apenas *in bonis,* e, antes de usucapi-lo, o libertasse, tornava-o latino juniano: "Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo latinum fecit". (Ulp. Reg. 1.16)

53 — A situação dos latinos junianos era melhor que a dos deditícios, por quanto êstes nem sequer nos arredores de Roma poderiam habitar: "Quin et in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur, et si contra fecerint ipsi bonaque eorum publice venire iubentur ea conditione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant; et si manumissi fuerint, servi populi romani esse iubentur: et haec ita lege Aelia Sentia conprehensa sunt". (G.1.27)

54 — Havia certos modos de obtenção da liberdade independentes da manumissão, os quais poderíamos chamar *libertas nomine legis.* Nêles não interferia, de maneira direta, a vontade do senhor; constituía antes um prêmio ou compensação, que se concedia ao escravo. Podemos lembrar os seguintes:

1.º) se um senhor abandonasse o escravo doente, para não cuidá-lo, êste se tornaria livre *pleno iure,* de conformidade com o

(21) "...nunquam aut cives romanos aut latinos fieri dicemus". (G. 2. 55). Dizia-se *deditio* a rendição incondicional de povos em guerra com Roma: "Vocatur autem sic qui quondam adversus populum romanum susceptis pugnaverunt, et deinde victi se dediderunt". (G. 1. 14). Lívio traz a fórmula talvez mais antiga de rendição feita aos romanos, in 1. 38. 2.

édito de Cláudio: "Servo, quem pro derelicto dominus ob gravem infirmitatem habuit, ex Edicto Claudii competit libertas". (D.40.8.2)

2.º) se um senhor vendesse o escravo sob condição de que o comprador o libertasse dentro de certo prazo, o escravo se tornaria livre, se, advindo o têrmo, não o manumitissem: "Se servus venditus est, ut intra certum tempus manumitteretur, etiamsi sine herede decessissent et venditor, et emtor, servo libertas competit; et hoc Divus Marcus rescripsit. Sed etsi mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertas competit". (D.40.8.1)

3.º) se o escravo denunciasse o assassino de seu senhor obtinha a liberdade: "Qui ob necem detectam homini praemium libertatis consequitur, fit orcinus libertus". (D.40.8.5)

4.º) se uma escrava fôsse vendida sob condição de que não a prostituísse, entraria em liberdade se não fôsse atendida a condição: "Tantudem dicendum est, et si lege hac emerit, ne prostituatur, et prostitueerit". (D.40.8.6.1)

Igualmente, se o senhor vender a escrava, reservando-se o direito de recuperá-la, e, feito isso, quiser induzi-la à prostituição, ficará livre a escrava: "...si pristinus dominus iniectionem manus in tali alienatione sibi servaverit, et cum ad eum fuerit reversa, ipse ancillam prostituerit, ab omni iure patronatus repellatur. Qui enim ita demum degener et impius constitutus est, ut talem exerceat mercationem, quomodo dignus est vel ancillam vel libertam eam habere?" (C.7.6.1.4)

5.º) se o escravo denunciasse moedeiros falsos conquistaria a liberdade, cabendo ao fisco indenizar o dono: "Servi qui monetarios adulterinam monetam clandestinis sceleribus exercentes in publicum detulerint, civitate romana donaretur". (C.7.13.2)

6.º) se o escravo denunciasse os raptores de uma virgem ficaria livre: "Si quis servus raptus virginis facinus detulisset in publicum, libertate donetur". (C.7.13.3)

7.º) se o escravo reconduzisse ao exército um desertor seria igualmente galardoado: "Si desertorem militiae servus prodiderit, libertate donetur". (C.7.13.4)

8.º) se o escravo, por 20 anos, tivesse vivido em plena liberdade, como se sôbre êle não pesasse qualquer laço servil, tornar-se-ia livre, pois se lhe reconhecia a *praescriptio longi temporis*: "Favor enim libertatis debitum et salubris iampridem ratio sua sit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per viginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat, ut et liberi et cives romani fiant". (C.7.22.2) Indispensável, porém, era que o escravo, ao viver em liberdade, estivesse de boa fé; caso contrário, faltava-lhe requisito essencial à *praescriptio*: "Mala fide morato in libertate diu prodesse non potest temporis praescriptio". (C.7.22.1) De modo que o escravo fugitivo perdia o favor da lei: "Unde, cum confiteris, fuga

te ab eo, cuius meministi, recessisset, intelligis ex hoc solo, sine dolo malo in possessione te libertatis non esse". (Ib.)

9.º) se um prisioneiro de guerra (captus, captivus), transformado em escravo do vencedor (segundo o costume antigo), conseguisse fugir a êste e regressar a Roma, considerava-se novamente livre (reditus ab hostis), reentrando na situação anterior, como se jamais houvera sido aprisionado; essa *libertas* dizia-se *ex postliminio*: "(Postliminii ius competit) in bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt; nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est, perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset..." (D.49.15.1.1) (22)

55 — Outra lei houve que trouxe restrições ao poder manumissor: a Lex Fufia (ou Fusia) Caninia. Restringia o número de manumissões para cada senhor: "Lex Fufia Caninia iubet testamento ex tribus servis non plures quam duos manumitti, et usque ad decem dimidiam partem manumittere concedit: a decem usque ad triginta tertiam partem, ut tamen adhuc quinque manumittere liceat aeque ut ex priori numero: a triginta usque ad centum quartam partem, aeque ut decem ex superiori numero liberari possint: a centum usque ad quingentos partem quintam, similiter ut ex antecedenti numero viginti quinque possint fieri liberi. Et denique praecipit, ne plures omnino quam centum ex cuiusquam tastamento liberi fiant". (Ulp. Reg. 1.24) Com êsses dispositivos naturalmente visavam proteger os que tinham interêsse nos bens do testador, como, por exemplo, os credores.

56 — Os latinos junianos foram, pouco a pouco, alcançando meios de atingirem a cidadania. Gaio e Ulpiano apontam alguns dêsses meios, que aqui reproduzimos:

(22) Não é exata a noção que, dêste instituto, formula o ilustre romanista português, prof. João Henrique, em seu compêndio de Direito Romano, pág. 116, § 248, quando diz que "o escravo vencido, saindo do poder do vencedor, e voltando à sua pátria... tornava-se imediatamente livre". Do texto se depreende que, pelo postlimínio, o *escravo* aprisionado pelos inimigos em guerra com os romanos, ao fugir e voltar a Roma, tornava-se livre; quando não é essa a concepção do postlimínio; ao contrário, o prisioneiro de guerra, homem livre, é que era considerado *escravo* do vencedor, consoante o princípio vigente nas legislações antigas, e os próprios romanos (conforme já vimos) aceitavam a guerra como principal fonte de escravidão; êsse *bello captus* transformado em *servus* é que voltava à liberdade quando, fugindo, regressava a sua pátria; por isso, diz muito bem Pompônio, no texto supracitado, que tudo ocorria "perindo ac si captus ab hostibus non esset". Apesar da clareza dessa noção, insiste o autor, no mesmo parágrafo, em afirmar: "Isto para os escravos prisioneiros de guerra", quando devera ter dito "para os prisioneiros de guerra escravizados", ou coisa de igual teor. Parece a mesma coisa, mas não é...

No mesmo parágrafo, aliás, entre os requisitos de validade e eficácia da manumissão, aponta o romanista lusitano a "vontade expressa do senhor"; assertiva igualmente menos exata, porquanto o senhor não precisava, na vindicta, expressar sua vontade, bastava conservar-se silencioso, operando assim a *confessio in iure*.

Afirma, outrossim, o referido autor, no mesmo lugar, que o senhor "caso não quisesse apresentar a contravindicatio, *dava logo* ao escravo a liberdade". Como, porém, seria possível ao senhor desde logo outorgar a liberdade ao escravo, se, de acôrdo com a própria descrição do citado autor, o que cabia ao manumissor, naquele instante, era concordar com a vindicátio, o que não produzia efeito definitivo; êsse sòmente se consusbstanciava na *addictio libertatis causa*, pela ação do magistrado.

1.º) BENEFICIUM PRINCIPALE — era a concessão da *civitas* por um rescrito imperial, a requerimento do interessado: "Beneficio principali latinus civitatem romanam accipit, si ab imperatore ius Quiritium impetraverit". (Ulp. Reg. 3.2) Entretanto, pondera Gaio (3.72), "divus Traianus constituit, si latinus invito vel ignorante patrono ius Quiritium ab imperatore consecutus sit, ...dum vivit iste libertus, ceteris civibus romanis libertis similis est, et iustos liberos procreat; moritur autem latini iure, nec ei liberi eius heredes esse possunt; et in hoc tantum habet testamenti factionem, uti patronum heredem instituat..." (Cf. ainda G.3.73)

2.º) LIBERIS seu PROBATIO CAUSAE — era a concessão da cidadania a latino que desposasse uma latina juniana ou colonial ou ainda uma cidadã com o propósito de beneficiar os filhos. Dava-se isso, geralmente, em relação ao escravo manumitido antes dos 30 sem justa causa. Exigia-se, pois: 1/ que o liberto latino tivesse desposado ou uma cidadã, ou uma latina juniana, ou uma latina colonial; 2/ que o tivesse feito *liberorum quaerendorum causa;* 3/ que o matrimônio houvesse sido contraído diante de 7 testemunhas romanas púberes; 4/ que tivesse resultado dessa união pelo menos um filho, e houvesse êste completado o primeiro ano de idade (anniculus). Com êsses requisitos, podia o latino *apud praetorem vel praesidem provinciae causam probare et fieri civis romanus, tam ipse quam filius filiave eius et uxor* (Ulp. Reg. 2.3). Claro está que se a espôsa já fôsse cidadã estaria excluída dêsse benefício. (Cf. G. 1.28.31) Um Senatusconsulto Pegasiano estendeu êsse benefício a todos os latinos junianos.

3.º) ITERATIO — era a confirmação da alforria feita sem algum dos requisitos legais, repetindo-se o ato então de maneira justa: "Iteratione fit civis romanus, qui post latinitatem, quam acceperat maior triginta annorum, iterum iuste manumissus est ab eo cuius ex iure Quiritium servus fuit. Sed huic concessum est, ut ex senatusconsulto, etiam liberis ius Quiritium consequi". (Ulp. Reg. 3.4)

4.º) MILITIA — era a concessão da cidadania ao liberto juniano que, por 6 anos (e mais tarde por 3) servisse entre os *vigiles* de Roma: "Militia ius Quiritium accipit latinus, si inter vigiles Romae sex annis militaverit, ex lege Visillia. Praeterea ex senatusconsulto concessum est ei, ut, si triennio inter vigiles militaverit, ius Quiritium consequatur". (Ulp. Reg. 3.5)

5.º) NAVIS — o latino juniano que construísse um navio com capacidade para 10.000 medidas pelos menos, e transportasse, durante 6 anos, trigo para Roma, adquiria a civitas, segundo um édito do imperador Cláudio: "Nave latinus civitatem romanam accipit, si non minorem quam decem millia modiorum navem fabricaverit, et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto divi Claudii". (Ulp. Reg. 3.6)

6.º) AEDIFICIUM — o latino juniano que, possuidor de pelo menos 200.000 sestércios, empregasse pelo menos metade dessa quantia em edificações, atendendo assim aos interêsses coletivos, conquistava a liberdade: "Lege Iulia cautum est, ut latinus si in perficiendo aedificio Romae non minus quam partem semissariam patrimonii sui impenderit, ius Quiritium consequatur". (G.1.33)

7.º) PISTRINUS — Segundo Gaio, "Traianus constituit, ut si Latinus in urbe triennio pistrinum exercuerit, in quo in dies singulos non minus quam centenos modios frumenti pinseret, ad ius Quiritium perveniat..." (L.34)

57 — Depois de manumitido com tôdas as formalidades legais, ainda assim não ficava o liberto cidadão inteiramente desligado do seu antigo senhor, que passava à qualidade de seu *patronus.* Em verdade os textos apontam 3 aspectos do nexo que continuava a prender essas duas categorias sociais: o *obsequium,* as *operae* e o *ius successionis.* Esses três aspectos constituíam o *ius patronatus.*

58 — O *Obsequium* consistia principalmente no dever de reverência do liberto para com o patrono e na proteção dêste para com aquêle.

De acôrdo com o obséquio, não poderia jamais o liberto mover ação contra o patrono ou herdeiros dêste, principalmente as que tivessem conseqüência infamante: "Si liberti accusatores manumisorum heredumve esse praesumpserint, eodem, quo servi, supplicio tenebuntur, luituri poenae ante prohibitae delationis exordium". (C.9.1.21) Nem tampouco testemunhas contra seus patronos poderiam ser, cabendo igual proibição aos patronos em relação aos libertos: "Adversus se invicem parentes et liberi, idemque liberti, nec volentes ad testimonium admittendi sunt: quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit". (Paul., Sent. 5.15.3) (cf. D.22,5.4)

Outrossim, devem-se recìprocamente alimentos o patrono e o liberto: "Solent iudices cognosecere et inter patronos et libertos, si de alendis his agatur; itaque si negent, se esse libertos, cognoscere eos oportebit, quodsi libertos constiterit, tunc demum decerenere, ut alant. Nec tamen alimentum decretum tollet liberto facultatem, quominus praeiudicio certare possit, si libertum se neget". (D. 15.3.5.18) Importa observar que a obrigação de prestar alimentos se regula "pro modo facultatum liberti" (D.15.3.5.19); e desaparecerá se o patrono tiver com que manter-se. Embora em menor escala, cabia direito a alimentos por parte dos filhos do patrono: "Et puto, causa cognita iudices et liberos quoque patronorum alendos decernere, non quidem tam facile ut patronos, sed nonnumquam et ipsos". (D.25.3.5.20) Pois, explica o texto, "obsequium non solum patronis, verum etiam liberis eorum debere praestari". (ib.)

59 — Por outro lado, não podia o patrono usar de sua autori-

dade para obrigar a sua liberta a casar-se com êle: "Invitam libertam uxorem ducere patronus non potest". (D.23.2.28) Salvo naturalmente quando a manumitira com o propósito de casamento: "...hoc tamen ita observandum est, nisi patronus ideo eam manumisit, ut uxorem eam ducat". (D. loc. cit.) Ainda que pretendesse casar com outro, que não o patrono, era-lhe isso inteiramente proibido, sem aquiescência dêste: "Matrimonii causa ancilla manumissa a nullo alio uxor duci potest, quam a quo manumissa est, nisi patronus matrimonio eius renuntiaverit". (D.23.2.51.pr.)

60 — Ainda que proibido de promover pleito desabonatório contra o patrono, podia o liberto, em defesa de sua honra, processar o patrono por crime de adultério: "...sed si iure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo, si atrocem iniuriam passus esset." (D.48.5.38.9) Não poderia, contudo, o liberto usar do direito de morte que cabia a todo marido enganado contra o cúmplice do adultério: "Certe si patronum, qui sit ex eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere. Quod durum nobis esse videtur; nam cuius famae, multo magis vitae parcendum est". (Ib.)

61 — As *Operae* eram serviços que o liberto deveria prestar ao patrono. Êstes serviços poderiam ser de espécie diversa. Entretanto, para que o liberto ficasse realmente obrigado à prestação das *operae*, permitindo ao patrono reclamação judicial, era preciso que, depois da manumissão, houvesse um acôrdo entre êles: "Cum patronus stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit, nec libertus praestiterit..." (D.38.1.22.pr.) Ainda que o encargo fôsse assumido por simples *promissio iurata*: "...nec interest, adiecta sint haec verba, CUM POPOSCERO, an non sint adiecta..." (Ib.) Êsse benefício estendia-se aos filhos do patrono, ainda que não houvesse declaração expressa no acôrdo, desde que instituídos herdeiros: "Cum libertus promiserit, patrono operas se daturum, nec adiecerit, LIBERISQUE EIUS; constat liberis eius ita demum deberi, si patri heredes extiterint." (D.38.1.22.1)

62 — *Ius successionis* — indicava a faculdade hereditária que cabia ao patrono em relação ao liberto. Êsse direito sucessório abrangia todos os bens adquiridos pelo liberto após a manumissão.

Se o liberto dolosamente alienou seus bens antes de morrer, para prejudicar o patrono, êste tem direito a pedir a anulação das alienações feitas: "Omne autem, quodcumque in fraudem patroni gestum est, revocatur". (D.38.5.1.3) Para isso, devia usar a *actio Faviana*, si "ex asse heredem institutus" (D.38.5.3.2); e a *actio Calvisiana*, "si intestatus libertus decesserit" (D.38.5.3.3) e o senhor faz a adição da herança.

63 — Quando o liberto cidadão recebia do imperador a graça

do "ius aureorum annulorum" ficava isento do *obsequium* e das *operae*, mas o patrono conservava o *ius successionis*. Em tais casos, o liberto ficava assimilado aos ingênuos.

Assim, o direito post-clássico aboliu as restrições ao direito de manumitir ditadas pela rigidez do velho *ius civile*, e facilitou cada vez mais o ingresso do indivíduo não sòmente na liberdade, senão ainda e principalmente na cidadania, fazendo pràticamente coincidirem dois institutos antes profundamente separados e divergentes: o statua libertatis e o estatus civitatis.

Com Justiniano, que, arrastado por seu espírito liberal e sob a orientação de grandes juristas inspirados não só nas doutrinas gregas, senão ainda mais no sôpro vitalizante do cristianismo, aboliu a Lei Fufia Caninia, bem como a Elia Sência (da qual só restou a proibição de manumitir *in fraudem creditorum*), transformaram-se definitivamente os dois conceitos fundamentais: *ser livre* já não era apenas escapar ao domínio de outrem e poder exercer com relativa facilidade os atos da vida civil — era tornar-se *cidadão*, ligar-se ìntimamente à vida e à grandeza da Urbs; mas *ser cidadão* já não era simplesmente ingressar no culto da cidade, obter a proteção de milhares de divindades mais ou menos fantasiosas — mas enquadrar-se num mundo novo, mais vasto e mais fecundo, mais poderoso e mais real, despido das vaidades um pouco ingênuas da velha Roma pagã, porém enriquecido pela idéia luminosa da *caritas*, que, mais do que a *aequitas*, suavizou o *ius;* era, enfim, deixar de ser meramente *romanus* para fazer-se *humanus*...

SÔBRE DIREITOS DE VIZINHANÇA

Orlando da Cunha Carlos

No conhecido e generalizado conceito, a propriedade é a *relação jurídica,* que vincula à nossa personalidade as coisas do mundo físico. Mas, as coisas do mundo físico aí se devem compreender apenas como *ponto de incidência* da relação de direito, já que esta se traduz sempre numa vinculação universal entre um sujeito ativo determinado, e todos os outros sujeitos passivos, obrigados a respeitá-la, como agudamente observa FILADELFO DE AZEVEDO.

E' que, como direito subjetivo, a propriedade é um *poder jurídico.* E um *poder jurídico* só se concebe, se afirma e se revela em contraste com outros sujeitos de direito. Neste passo, há acôrdo pleno entre positivistas e jusnaturalistas.

Assim HAURIOU: "E' o equilíbrio dos dois poderes em presença, o individual e o social, que, por si mesmo, em virtude da ordem de coisas superior que êle realiza, o transforma em direitos e, ao mesmo tempo, determina a sua medida. O êrro da maior parte dos individualistas foi o de crer que o direito individual podia se justificar ùnicamente pelo valor do indivíduo humano; um direito não nasce nunca de um princípio unilateral, não se realiza senão em um conjunto social e num equilíbrio prático".

Trata-se aí, como acentua J. DABIN, do direito *jurídico,* que pressupõe um conjunto social. Mas, mesmo no plano estritamente ético do direito *moral,* que se confunde com a idéia de justiça, exige-se o contraste de outrem. De resto, se existe um direito individual — seja jurídico, ou seja moral, — é precisamente porque o indivíduo humano tem um certo valor. E o equilíbrio, de que fala HAURIOU, não pode, realmente, estabelecer-se senão entre dois valores.

Se, no exemplo clássico, referido por DUGUIT, Robinson, na sua ilha, enquanto só, não tem direitos, e os adquire apenas entra em contato com sêres humanos, não se segue, como pretende o mesmo autor, que, enquanto êle não faça parte de um conjunto socialmente organizado, disponha sòmente de *poderes de fato.* Êsses *poderes de fato* sofrem a censura da lei da moralidade, que obriga o homem a agir de conformidade com o seu fim, e se transformam em *relações de justiça,* tão logo Robinson entre em contato com outro semelhante. Desde êsse momento, acrescenta J. DABIN, há "matéria" para justiça, como para tôdas as virtudes *ad alterum* (verdade, eqüidade, caridade...); desde êsse momento, Robinson está obrigado pelo dever de justiça para com seu *alter ego,* e êste tem o direito de usar da fôrça para repelir a agressão injusta.

Assim, conclui o autor citado, "o dever de justiça, com a exigibilidade que, moralmente, o caracteriza, não implica nenhuma vida social organizada, enquanto o direito jurídico, que é o direito da disciplina social, funda-se sôbre a hipótese de uma sociedade e de um Estado *(sensu lato).*

E' assim a *relação,* como fato humano, como fenômeno de convivência, a gênese e a medida dos direitos.

Nasce do choque de duas personalidades conflitantes, e compõe-se na transação jurídica pacificadora.

Daí a impossibilidade de se formar relação jurídica entre coisas, porque o direito é fenômeno especìficamente humano.

"A função dos bens, escreve FILADELFO AZEVEDO, — é, antes, de conteúdo do direito, formado entre seus donos, ou entre êstes, e terceiros".

E tão profunda é a *personificação* dêsse direito, que LUIGI STURZO pôde escrever que "a propriedade é como uma participação da individualidade nas coisas". "As coisas tomam um nome e assumem para nós uma realidade relativa ao homem, no momento em que o homem as conhece, apropria-se delas, e delas se serve".

Direito subjetivo, como afetação de riquezas a necessidades individuais; *função social,* como querem os positivistas, correspondendo a uma afetação de riquezas a necessidades coletivas, conceituada como *poder* individual e *dever* social; *situação* de direito objetivo; ou *situação* jurídica subjetiva — de qualquer maneira que se conceitue, a propriedade há de sempre referir-se ao homem.

E, como o homem é social, e social a sua vida, como fenômeno social, irredutìvelmente, analisa-se a propriedade.

Assim, aprecie-se a propriedade em face de dois indivíduos isolados — Robinson e seu *alter ego* na ilha, ou em face do grupo polìticamente organizado — Estado, no sentido geral —, e logo os limites e restrições de conteúdo se oferecerão a exame, como *matéria* do direito a definir, eis que a propriedade é um composto de conteúdo variável, conjunto de poderes e de direitos, reunião extremamente complexa de faculdades muito diversas pela sua natureza e pelo seu fim, e não direito *simples,* na lição de PIERRE DE HARVEN.

O princípio da limitação no interêsse geral ou social está no Direito Público, que o exprime na fórmula genérica do artigo 147, da Constituição Federal: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

Da que entende com os interêsses individuais, cura o Direito Privado, e só nos cabe examinar, no âmbito dêste estudo, a que atinge a propriedade fundiária, por fôrça das relações de vizinhança.

Neste capítulo, uma observação emerge e se impõe, ao primeiro exame: se é indubitável a impossibilidade de se formar a relação jurídica entre coisas, não é menos certo, como acentua FILADELFO AZEVEDO, que "o seu modo de ser e a dependência física, que podem ter, recìprocamente consideradas, hão de repercutir na formação e modificação do direito, afetando o poder do sujeito".

Assim os imóveis, continua o eminente jurista, "não podem ser concebidos isoladamente, mas sempre em relação com os vizinhos, com os quais estão natural.e contìnuamente em contato". "A singularização da terra é obra arbitrária do homem, em face da continuidade do solo — só os móveis oferecem individualidade distinta no espaço".

A distinção e separação de fundos, escreve FERRINI, ainda que manifestada por sinais extrínsecos, como fossos, muros ou sebes, não consegue suprimir a sua natural relação de conexão e de recíproca dependência: "a própria natureza, portanto, de certo modo, impôs-lhes uma relação de mútua serventia e recíproca tolerância, que torna incogitável a aplicação do princípio do isolamento de fato e de direito".

Já, portanto, o simples fato de *contigüidade,* oferece um primeiro elemento para o surto de limitações ao poder jurídico traduzido na propriedade fundiária.

Dessa *contigüidade* nasce um entrecruzamento de direitos opostos, que postulam conciliação: Direitos, que assentam em necessidades econômicas e morais, e que vão encontrar os seus justos limites nos critérios formulados pela política oportuna e pelo prudente govêrno. Limites não pròpriamente criados pelo direito, que nada mais faz do que registrá-los, aplicá-los, coordená-los e revesti-los de normas jurídicas, segundo a lição de COGLIOLO, que assim esclarece o asserto: "Examinem-se os limites postos por qualquer povo à propriedade, e resultará que cada um dêles se funda em razões estranhas ao direito, mas, ao revêsso, derivantes de outras considerações econômicas, agrícolas, estéticas, morais, e até de arbítrio de príncipes e de assembléias, ou de falazes esperanças de remediar males sociais com causas mais profundas do que o abuso individual da propriedade".

Êsses limites, ajunta VINCENZO MICELLI, vão crescendo com o desenvolvimento da cooperação e da solidariedade social, e podem até determinar o modo por que aquêle poder deverá ser exercido na utilização da coisa.

Não há, dessarte, um critério fixo e invariável, para medir o conteúdo do direito de propriedade.

Os limites serão postos pelas necessidades da boa convivência, e da paz social.

A dificuldade da matéria tem torturado quantos a versaram.

Assim RUGGIERO: "Difícil é, porém, indicar um critério geral que, quanto às simples limitações de vizinhança em sentido restrito, nos conduza a um princípio único. E mais difícil ainda é procurar um princípio geral que, fora das limitações expressamente ditadas pela lei, determine os confins do domínio nas relações de vizinhança, sendo de grande importância teórica e prática investigá-lo, para resolver a grave e debatida questão de saber se, aos limites que a lei dita expressamente, outros se podem acrescentar".

Indaga, por sua vez, LODOVICO BARASSI: "Se é certo que há um dever de solidariedade, entre proprietários contíguos, até que ponto chega o dever de recíproca tolerância?"

Procurou-se, inicialmente, resolver o problema com a denominada teoria da *imissão,* fundada na máxima de ULPIANO, segundo a qual a cada um é lícito fazer na sua propriedade o que lhe agrade, desde que não se imiscua na propriedade alheia.

Observou-se, logo, que a solução era incompleta, porque, se é exato que a *imissão* na propriedade alheia pode, em regra, ser considerada como ato abusivo ou ilícito, não é menos verdadeiro que, por vêzes, as próprias *imissões* constituem casos de limites legais à propriedade.

Basta apontar o direito de escoamento natural de águas.

Por outro lado, o critério romanístico das *imissões* era muito restrito, pois nestas se compreendiam as invasões de corpos materiais, e por isso foi logo superado, admitindo-se, também, as *imissões de imponderáveis,* para conservar-se a velha técnica, e consistentes em rumores, exalações e comoções.

IHERING repeliu os dois conceitos, demonstrando que, se o critério das *imissões corpóreas* peca pela restrição, o das *imissões de imponderáveis* peca pelo excesso, podendo levar a soluções injustas. Propõe, em conseqüência, a substituição das *imissões* pela *influência:* E' vedado tudo o que possa *influir* sôbre o prédio vizinho.

Não há dúvida que *influência* é uma expressão demasiada vaga e indeterminada. Daí o desprestígio da tentativa de IHERING.

Surge, então BONFANTE, com um critério intermediário entre as *imissões* e a *influência:* O do *facere in alieno,* em contraposição ao *facere in suo:* Também com o *facere,* e não só com o *immittere* se lesa o direito alheio; isto é, não sòmente com o imitir substâncias no prédio alheio, mas também com a propagação de movimentos.

Até aqui, para empregar a terminologia de LODOVICO BARASSI, procurou-se a determinação *qualitativa* do dano a tolerar: imissões, influências ou *facere.*

Resta o problema da determinação *quantitativa,* do dano resultante e tolerável, da imissão, influência ou *facere.*

IHERING formulou a teoria do *uso normal* da propriedade, permitidas as imissões quando resultantes do uso normal que o vizinho faça da coisa própria, e não impeçam ao proprietário o gôzo normal do seu prédio — como se lê no Código Civil Alemão.

Essa foi, também, a teoria acolhida no nosso Código Civil, como se vê do art. 554: O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o *mau uso* da propriedade vizinha possa prejudicar o sossêgo, a segurança e a saúde dos que o habitam.

Reputa FILADELFO AZEVEDO merecedores de caloroso aplauso os têrmos felizes em que foi vazada essa norma, tanto no estender a proteção aos ocupantes, como no colocar a prevenção ao lado da repressão. Lamenta, apenas, que se tenha empregado a expressão *inquilino* em lugar de *habitante,* que seria muito mais compreensiva.

À fórmula positiva — "uso normal", preferiu o nosso legislador a negativa — "mau uso".

Entretanto, nítida está aí a influência do direito germânico, no preceito inspirado por IHERING.

Ao espírito arguto de LODOVICO BARASSI não escapou, entretanto, a debilidade da fórmula em si. Daí a sua crítica: "Mas ainda permanece uma incerteza: onde termina o normal, onde começa o injusto exercício da propriedade? Responde-se: a normalidade coincide com o que é consueto: uso normal é o uso habitual na região onde os prédios se encontram".

Objeta-se, então, que êsse conceito é perigoso, porque poderia impedir o progresso nos métodos de desfrutar a propriedade, desde que se afastasse do habitual, e ainda que se obtivesse maior vantagem social, à custa, embora, de um maior dano para os vizinhos.

BONFANTE, por sua vez, reputa ilógico o critério do *uso normal,* assim compreendido, e além de ilógico insidioso: Ilógico, porque pode chegar a impedir o aproveitamento mais natural das coisas, se superado aquêle limite; e além disso, um ato que constitua "uso normal" para a indústria, pode acarretar para o vizinho um incômodo intolerável, apesar de que não o seja para os outros.

Por êsse motivo, e reputando as imissões ou o *facere* sôbre o prédio vizinho como categorias sociais, não naturalísticas, considera-os proibidos sòmente quando as alterações danosas que sofra a propriedade, em conseqüência, repugnem à sensibilidade de um dado ambiente social, e não sejam justificadas por uma geral e absoluta necessidade social.

Combinam-se, assim, o uso normal e a necessidade social.

Neste passo, podemos dizer que a evolução do nosso direito acompanhou o pensamento de BONFANTE, pois, ao critério do "mau uso", fixado no art. 554, do Código Civil, deve-se ajuntar o

do "uso condicionado ao bem-estar social", postulado pelo art. 147 da Constituição Federal de 1946.

O Código Civil, preocupou-se mais com o indivíduo, pois se refere aos prejuízos, que venham a sofrer com o mau uso da propriedade vizinha, a segurança, o sossêgo e a saúde dos habitantes do prédio contíguo.

A Constituição Federal põe em relêvo o interêsse social.

Guias para o juiz serão êsses critérios, como ensina LODOVICO BARASSI, para o juiz, a cujo discernimento e fino senso ambiental, caberá a tarefa mais grave, de distingüir de lugar para lugar, e adaptar-se às exigências, à sensibilidade, aos usos locais, temperando os egoísmos com as superiores exigências sociais.

LIGEIROS REPAROS À TEORIA DE DUGUIT

Darcy Azambuja

Atualmente todos os ramos do Direito sofrem a crise que sacode o mundo moderno. As teorias, as escolas, as hipóteses vão demolindo ou procurando demolir as grandes concepções e doutrinas clássicas, atacando-lhes os fundamentos, demonstrar a falsidade das suas conseqüências e a sua discordância com a realidade. E não há negar que, na sua atividade destruidora, quase nada deixaram de pé. Já não assim, porém, na parte construtora.

Derrubados alguns princípios, afastadas algumas idéias, o que se lhes tem procurado substituir não tem encontrado senão outras críticas igualmente destruidoras. Os autores de nossos sistemas não conseguiram obter a aprovação e a aceitação do pensamento jurídico contemporâneo. Por enquanto, estamos em plena fase de demolição, e parece que mal se delineam as primeiras nações para repor o Direito em bases sólidas, teòricamente lógicas e realmente verdadeiras.

Dentre as correntes doutrinárias que iniciaram a revisão e a crítica de todo o fundamento do Direito e das suas instituições, a do positivismo jurídico é sem dúvida a mais prestigiosa e cujos métodos têm tido mais larga difusão, e o mais ilustre representante do positivismo jurídico foi sem dúvida Léon Duguit. As suas teorias, ou melhor, as críticas por êle feitas à concepção tradicional do direito e do seu fundamento, à concepção do Estado, e da soberania, lograram uma repercussão universal. E, exatamente por que propôs uma nova teoria do direito, os seus pontos de vista repercutem em todos os setores da ciência jurídica, desde o direito civil ao direito internacional. Não há hoje uma obra de caráter geral sôbre o direito que não exponha e adote ou combata as teorias do eminente jurista francês. Após a sua morte, em setembro de 1928, as publicações especiais feitas *in memoriam* demonstraram a larga e funda influência que a sua poderosa inteligência exercera em tôda a atividade intelectual de seus contemporâneos.

Duguit, propondo manter-se rigorosamente no domínio dos fatos e rejeitar todo e qualquer princípio teórico ou metafísico, procurou, através da sociologia, o fundamento positivo e real do direito.

Como Descartes, fêz tábua rasa de tôdas as concepções e doutrinas anteriores, e foi buscar na observação objetiva dos fatos sociais a gênese das normas jurídicas.

A observação direta, diz Duguit, fornece-nos de início dois fatos fundamentais, que ninguém poderia contestar: primeiramente, o homem é um ser consciente de seus atos; em segundo lugar, é um ser social, que sempre viveu em sociedade e que não pode viver senão em sociedade. Dêsses dois fatos, objetivamente observados, decorre outro igualmente inegável: a lei social ou norma social. Se o homem não pode viver senão em sociedade e é um ser consciente de seus atos, necessàriamente tem que subordinar a sua atividade à existência da sociedade. A norma social obriga o indivíduo a colaborar na ordem social, isto é, a fazer tudo que pode para manter a sociedade e não fazer nada que possa destruí-la. E tudo isso porque, sendo os homens sêres sociais, mas com aptidões diversas e necessidades comuns, têm todos necessidade de trocar serviços, de se auxiliar mùtuamente, para sobreviver e para que a sociedade perdure: é a solidariedade, a grande lei que rege as sociedades humanas. A sociedade não poderia subsistir se a conduta de cada indivíduo fôsse absolutamente nociva e por isso êle tem de subordinar o interêsse pessoal ao interêsse coletivo, ao interêsse do grupo. A experiência da bondade de certos atos e da nocividade de outros para o convívio social, a consciência dêsses atos, a memória e a hereditariedade concorrem para formar, em cada grupo, hábitos e costumes, que se fixam como normas de vida, cuja violação, acarretando prejuízos à coletividade, é censurada, reprimida, punida. O homem, ser inteligente e consciente, é eminentemente apto para fixar e prever as limitações à sua atividade impostas pelo interêsse coletivo. A observância da conduta favorável à sociedade, a norma social que traduz essa conduta, forma-se primeiro na consciência individual, transmite-se de geração em geração, fixa-se na tradição, que é a memória coletiva, e se torna por fim psicològicamente obrigatória. Essas normas não têm o mesmo grau de rigor e obrigatoriedade, não acarretam tôdas as mesmas reações. As normas sociais são unas pelo seu fundamento e objeto, mas são complexas e diversas pela intensidade das reações que provocam; elas compreendem um conjunto de normas econômicas, morais e jurídicas. Tanto as normas econômicas como as normas morais são necessárias à coesão do grupo e a sua transgressão determina uma reação. As normas jurídicas, são as que provocam uma reação mais íntima, por serem julgadas mais importantes para a existência do agregado social. A transgressão de uma norma econômica ou moral é reprovada por todos ou quase todos os membros do grupo, mas a transgressão da norma jurídica, que é considerada vital, tem uma reação social mais intensa e enérgica, e é isso ùnicamente o que a distingue das outras normas. Não há diferença de fundamento, de

conteúdo entre as normas sociais em geral e a norma jurídica; o que as distinguem é apenas a reação que provocam, é a opinião que o grupo tem sôbre a importância de cada uma. Uma regra moral ou econômica pode ser durante muito tempo de importância secundária para um grupo social, mas em dado momento, por fôrça de condições novas de vida social, tornar-se de importância essencial e transformar-se então em norma jurídica.

"Os mesmos atos, diz Duguit, inteiramente individuais, como a hora da refeição, a quantidade e a qualidade dos alimentos a serem absorvidos, o tempo de repouso, podem tornar-se, em certas circunstâncias, como durante uma guerra, objeto de prescrições legais severas".

Assim, com as próprias palavras do eminente jurista, uma norma social qualquer se torna norma jurídica no momento em que a massa dos espíritos tem o sentimento de que o respeito dessa regra é essencial à solidariedade social e que ela reclama a sanção organizada da autoridade, do Estado, enfim.

Assim procurou Duguit, baseado puramente na observação dos fatos sociais, e jogando exclusivamente com fatos, determinar a origem e formação do direito.

Mas, terá êle realmente ficado sempre no terreno dos fatos, e na verdade fornecido um quadro exato da gênese da regra jurídica?

Admitida, sem esfôrço, a existência da regra social, não é fácil no entanto apreender o modo e o momento pelos quais as regras sociais se transformam em regras jurídicas. Que vem a ser exatamente essa "massa dos espíritos", essa "massa das consciências" individuais que Duguit erigiu em órgão declarador do direito? Não admitindo êle a existência de uma vontade coletiva também não quis admitir uma consciência coletiva. Assim essa massa das consciências individuais deve ser a maioria, a opinião da maioria dos indivíduos do grupo. Na sua concepção, portanto, a regra jurídica, o direito, é constituído por aquelas normas sociais que em um determinado grupo, em momento dado, a opinião da maioria considera como devendo ser coativamente obrigatórias. Se a isso Duguit chamasse sòmente *lei* ainda bem; mas denominar *Direito* o que a opinião da maioria dos membros de um grupo social, em um momento passageiro, considera importante, essencial para a vida dêsse grupo, é reduzir a bem pouco o direito. Nenhum princípio superior, nenhuma regra permanente, apenas a opinião da massa das consciências individuais.

Mesmo porém, que se admita êsse processo quase mecânico, e puramente psicológico, de produção do Direito, veremos se o positivismo jurídico resolve as dúvidas e dificuldades mais importantes.

Em primeiro lugar, como saber, como reconhecer que em certo momento uma determinada regra social é considerada essencial pela massa das consciências individuais? Em um grande grupo social,

cujos membros se contem por milhões, como acontece em quase todos os Estados modernos, quais os meios de verificar que a massa das consciências individuais tem esta ou aquela opinião? Quem são os órgãos autorizados para exprimir essa opinião? Os parlamentos, os órgãos legislativos? Duguit responde que não. Em sua doutrina, os parlamentos não são órgãos de representação da vontade coletiva, até mesmo por que a vontade coletiva não existe. Neste impasse pondera Duguit que ao legislador e ao jurista cumpre sondar a opinião da massa, procurar descobrir e fixar a orientação das opiniões individuais e apurar se formam a maioria.

E' bem complexo, delicado e arbitrário mesmo êsse processo, em que ao legislador e ao jurista, sem o socorro de nenhum princípio doutrinário, sem a base de nenhuma regra ideal e imutável de justiça, cumpre mergulhar no oceano das consciências individuais para auscultar-lhes a direção e conferir-lhes o número. Será possível essa tarefa? Será possível reduzir o Direito à opinião da maioria e será possível auscultar em cada caso a opinião dessa maioria? Suponhamos que sim, que o legislador e o jurista devem e podem auscultar concretamente essa opinião. Que acontecerá?

Na maioria dos casos não existirá opinião. A massa das consciências individuais desinteressa-se, não conhece ou não ligou importância à questão. Em outros casos, a natureza da questão, o objeto da regra social é de tal modo complexo que a massa das consciências não o apreende, não o compreende. Sempre que se tratar de assuntos técnicos, especializados, isso se dará. Só uma reduzida minoria poderá ter opinião segura sôbre a maioria das questões complexas que se tratem de resolver. Nos próprios parlamentos são poucos os que têm conhecimentos suficientemente gerais e profundos para decidir com clareza sôbre a maioria dos projetos discutidos.

Que dizer, pois, da massa social, onde a ausência de cultura e a luta pela vida não permitem estudar e formar opinião sôbre todos os assuntos que são objeto de legislação.

Suponhamos, no entanto, que se trate de auscultar a opinião sôbre um assunto concreto, que interesse realmente a todos, que seja assaz simples para que qualquer indivíduo tenha opinião sôbre êle. Há assuntos que apaixonam e interessam profundamente a sociedade, a qual se pronuncia por vários meios, notadamente pela imprensa. Será fácil, nesses momentos, perceber e verificar a opinião da maioria? De modo algum. O que geralmente acontece é que não exista realmente maioria de opinião, é que a opinião pública se divida e subdivida em tantas direções e alvitres diferentes e contraditórios que será impossível estabelecer sequer a média das preferências. Quanto mais o assunto interessar o público, tanto maiores serão as divergências, e geralmente os grupos que mais ruído lançam serão os de alvitre menos conforme ao interêsse social. Salvo casos raros e excepcionais,

em que se forma realmente uma grande corrente num sentido determinado, o que o legislador e o jurista encontram, nessa sondagem do ambiente social, não é uma opinião pública, e sim manifestações variadíssimas de grupos de opinião, em tumulto de alvitres e preferências inconciliáveis, onde os interêsses se entrechocam e onde se torna impossível encontrar sequer a tolerância, quanto mais uma regra de justiça aceita por todos.

Assim, o conceito de Direito apresentado por Duguit, além de reduzir o Direito à simples opinião variável de maiorias efêmeras, é na realidade impossível de apreender e apurar. Procurando reduzi-lo a um simples fato, Duguit tornou o Direito irrealizável, incompreensível e mais fugaz do que nos mais abstratos sistemas filosóficos.

Não foi mais feliz o outro eminente reformador da escola de Viena, Hans Kelsen, que identificou o Estado com o Direito, tornando êste a mera lei escrita, a vontade dos que executam as funções de govêrno.

Por isso mesmo, a atividade da escola do positivismo jurídico tem sido sòmente destrutura, e se a análise percuciente, a crítica serena que fêz de algumas concepções tradicionais conseguiu desprestigiar e destruir muitos princípios até agora admitidos, não conseguiu, porém, substituí-los por outros princípios mais sólidos. Destruiu, mas não pôde construir, e daí a instabilidade e a confusão que desorientam o pensamento moderno.

Mas, o equilíbrio já se vai restabelecendo. Passada a primeira fase de tumulto e perplexidade, os juristas e filósofos, sem desprezar o que houve de verdadeiro no positivismo jurídico, vão restabelecendo em bases seguras os grandes princípios sôbre que repousava o Direito. Mesmo entre os que se mantêm fiéis ao método e ao objetivo da escola positivista, volta-se a compreender que o homem não se resume no seu organismo fisiológico, que o direito, se é uma norma social, não tira a sua legitimidade dos fatos materiais da coexistência e da solidariedade nos grupos; que acima dos fatos e dos interêsses, superior muitas vêzes ao próprio interêsse coletivo do momento, há princípios e idéias que o homem procura atingir e aos quais pede a causa legítima das suas ações. Volta-se, enfim, a compreender que êsses ideais e êsses princípios, se bem que nunca atingidos e freqüentemente negados, são uma realidade também, uma necessidade imutável do espírito humano.

E hoje, com exceção de raros sectários do materialismo histórico, já em decadência, juristas e filósofos estão acordes em reconhecer que o direito é filho da moral e da razão, que será sempre necessário um ou alguns princípios morais como regra suprema a que se devem conformar tôdas as regras jurídicas.

Estabelecido êsse consenso preliminar, não era difícil prever o início de uma fecunda corrente que procuraria reconstruir a ciência

jurídica conforme a princípios permanentes, a ideais verdadeiramente humanos.

Quais, porém, os princípios morais, perguntar-se-á, aceitos por todos, que servirão de base e fundamento para o Direito? Os sistemas de moral são ainda mais numerosos e variados do que as teorias e filosofias do direito. Na moral também a instabilidade e a diversidade das teorias, a variação e flutuação dos meios sociais se fazem sentir. Já Pascal dizia que a moral varia com os meridianos e as latitudes.

Essa própria diversidade, porém, obrigaria os juristas a encontrar uma direção comum. Nenhum filósofo, nenhum sistema de moral tem conseguido sequer aceitação para os seus princípios em um grupo social mais ou menos numeroso. Os sistemas de moral até aqui elaborados não passam de construções teóricas sem influência sôbre os espíritos. Mas, ninguém negará que há uma moral que tem inspirado tôda a nossa civilização: a moral cristã. Mesmo os que não professam a religião de que ela faz parte, não contestam a pureza de seus preceitos, nem negam que ela tem sido e é ainda a única moral que pode merecer o título de universal. A pobreza, a inanidade, a inexistência mesmo de outra moral, tornam ainda mais sólida e geral a moral cristã.

Sobretudo, como bem disse um jurista contemporâneo, a moral de Cristo não é nem sôbre-humana nem inumana, mas profundamente humana, a que mais de perto fala ao coração dos humanos, a que melhor se adata à sociedade atual, que aliás se construiu com ela e sôbre ela. E' uma moral equilibrada, que leva em conta todos os fatôres naturais e, ainda que apontando ao homem um ideal puríssimo e só atingível pelas individualidades excepcionais, não o intimida nem desanima, mas ministra-lhe todos os recursos necessários para uma conduta social digna em relação a si mesmo e benéfica em relação aos demais.

Todos os grandes princípios morais de fraternidade, igualdade e assistência entre os homens são ensinamentos da moral cristã. Ninguém a ataca como moral; os que dela divergem o fazem pelo seu conteúdo religioso, mas os próprios materialistas não lhe negam a pureza e humanidade dos princípios.

O próprio Duguit, o pontífice máximo do positivismo jurídico, assim se pronunciou, em seu Tratado de Direito Constitucional:

"Se me é permitido fazer uma incursão no domínio religioso, direi que só mitos cristãos puderam fazer penetrar na alma humana a concepção fundamental de todo o ideal humano e de tôda a civilização, e que não houve verdadeiramente civilização senão depois do cristianismo e em conseqüência do cristianismo, pois só êle fêz compreender que o homem não é homem e não tem valor senão pelos

laços que o unem aos outros homens, aos vivos e aos mortos, pelo culto que dedica aos mortos pelos serviços que presta aos vivos. Não digo isso como crente, mas como sociólogo, profundamente respeitoso por tôdas as crenças sinceras, mas que se presume liberto de todo o dogma e de todo o preconceito".

Essas palavras leais de Duguit parece terem frutificado. Os tratados recentes sôbre filosofia do direito e sôbre direito público, onde o conceito de direito natural revive purificado das deformações que sofrera, estão impregnados das idéias e dos princípios que inspiraram os grandes sistemas jurídico-morais de Sto. Tomaz de Aquino e Sto. Agostinho, de Belarmino e Suarez.

E é de esperar que o século XX, mau-grado os momentos tumultuosos que o mundo atravessa, restaurará a obra demolida pelo racionalismo do século XVIII e pelo materialismo do século XIX.

O Direito, repôsto sôbre bases perenes, inspirado por princípios morais universais, não será um instrumento de luta e de opressão, mas uma norma de justiça, de paz e de fraternidade entre os homens.

O JÚRI E A SUA COMPETÊNCIA FIXADA PELA CONSTITUIÇÃO

José Salgado Martins

Ainda se controverte a competência do júri, instituída obrigatòriamente pela Constituição Federal, art. 141, § 28, no que tange "aos crimes dolosos contra a vida".

Desde a discussão no Senado, apresentado o projeto n.º 1, de autoria do ilustre senador Olavo Oliveira, que se constituíram duas correntes, no sentido de interpretar o texto constitucional.

O projeto do senador Olavo Oliveira, objetivando conciliar a lei ordinária com a lei magna da República, fixava a competência do júri relativamente a "todos os crimes dolosos, de qualquer espécie, de cuja prática resulte morte, seja qual fôr a sua capitulação".

O substitutivo, apresentado a êsse projeto pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado, reduzia a competência ao julgamento dos crimes definidos pelo Código Penal de 1940, no Capítulo I do Título I, sob a denominação de "crimes contra a vida".

Essa orientação prevaleceu, afinal, e assim dispõe a Lei n.º 263, de 23 de fevereiro de 1948, que, modificando dispositivos do Código de Processo Penal, teve em mira afeiçoar a instituição do júri aos princípios adotados pelo Estatuto Fundamental da República.

Sem embargo da lei ordinária haver se inclinado pela interpretação restritiva da competência do júri, a controvérsia não se encerrou; pois, na jurisprudência e na doutrina, surgem autorizadas opiniões que reivindicam para o júri a ampla competência que, obrigatòriamente, lhe deferiu a Constituição Federal, no tocante a todos os crimes dolosos de que resulte morte, seja êste evento querido pelo agente, ou seja conseqüência do simples risco assumido, através da prática de antecedente crime doloso.

A tese envolve matéria de alta relevância.

Cumpre examinar os argumentos em que se apóiam as correntes em luta e dêles inferir à qual delas cabe a procedência e a harmonia com o texto constitucional, a que deverá ceder o passo a lei ordinária.

O projeto n.º 1, de autoria do senador Olavo Oliveira, professor catedrático de Direito Penal da Faculdade do Ceará, dispunha no artigo 2.º:

"Competirá privativamente ao Tribunal do Júri o julgamento:

a) dos crimes previstos nos artigos 121, §§ 1.º e 2.º, 122 e parágrafo único, 123, 124, 126, 127, 129, § 3.º, 137, § único, 157, § 3.º, 159, § 3.º, 210, comb. com o 223, § único, 214, comb. com o 223, § único, 219, comb. com o 223, § único, do Código Penal;

b) dos crimes de perigo comum e contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços, e contra a saúde pública, dos quais resulte morte;

c) da tentativa, quando possível, de qualquer dos referidos crimes;

d) dos delitos de imprensa" (1).

A Comissão de Constituição e Justiça do Senado ofereceu substitutivo, reduzindo a competência do júri e restringindo-a aos delitos previstos nos artigos 121, 121 §§ 1.º e 2.º, 122, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, assim como dos que com êles forem conexos (artigo 2.º do Substitutivo) e, no § único do mesmo art. 2.º, ainda dispôs que os delitos de imprensa continuarão a ser julgados pelo júri organizado de acôrdo com a legislação especial em vigor".

O senador Olavo Oliveira combateu o substitutivo e apresentou, entre outras, uma emenda ao artigo 2.º, restabelecendo a orientação do seu projeto, isto é, estendendo a competência do júri "a todos os crimes dolosos, de cuja prática resulte morte, seja qual fôr a sua capitulação, assim como os que com êles forem conexos, e da tentativa, quando possível, dos referidos crimes".

Justificando a emenda, o seu autor invoca a lição de Carrara quanto ao conceito de dolo, e à sua bipartição em dolo determinado (ed è quello che si constituisce dalla intenzione diretta) e em dolo indeterminado (ed è quello che si ravvisa nella intenzione indiretta positiva che ad alcuni piacque chiamare alternativa).

Citando ainda Eugênio Florian e Jorge Vidal, insiste na divisão entre dolo direto e dolo indireto, para, afinal, concluir que o nosso Código adotou a aludida dicotomia em matéria de dolo, considerando como o da última espécie aquêle em que, segundo a linguagem do Código, o agente assumiu o risco de produzir o resultado.

"Há duas modalidades de crimes dolosos contra a vida:

a) os cometidos com dolo direto e específico, constante do "animus necandi" (Código Penal, arts. 121, §§ 1.º e 2.º, 122, 123, 124, 125, 126 e 127;

b) os praticados com dolo indireto ou eventual, na realização de outro delito, do qual resultam, como conseqüência, cujo risco consciente cabe ao agente.

Tais são, por exemplo, as figuras qualificadas, com o evento "morte de alguém", dos crimes de rixa (art. 137, § único, latrocínio

(1) O Júri na Terceira República, Olavo Oliveira, Rio, 1949, p. 10.

(art. 157, § 3.º), seqüestro (art. 159, § 3.º), estupro (art. 213, combinado com o art. 223, § único), atentado violento ao pudor (art. 214, comb. 223, § único) e rapto (art. 219, combinado com 223, § único).

Em todos êsses casos e em numerosos outros semelhantes, dos quais salientamos os catalogados na alínea "b" do art. 2.º do projeto primitivo, há uma entidade penal complexa, mista de dois crimes — a) — do crime doloso direto ou específico, previsto pelas leis penais, na conformidade da objetividade jurídica violada — patrimônio, liberdade sexual, etc. — b) — do delito doloso indireto ou eventual contra a vida, nascido do primeiro" (2).

Combatendo a emenda, apresentada pelo senador Olavo Oliveira ao substitutivo, o ilustre senador Ferreira de Souza sustentou que, na expressão "crimes dolosos contra a vida", o legislador quis apenas referir-se "aos casos de dolo direto, em que a vontade inicial e o evento se casaram, visando ambos à vida". Acrescentou o nobre parlamentar: "Se o crime não se reduz ao evento, mas exige o ato como manifestação inicial da vontade do agente, como causa voluntária do mesmo evento, o dolo que o caracteriza é o inicial, o que moveu o agente, o que lhe determinou a ação ou a omissão". Concluiu, finalmente, o mesmo senador: "Se a ação não visando à vida, a lesa, êsse fato não chega a constituir um novo crime, pois a lesão é dolosa, não porque o agente tenha tido a intenção de praticá-la, correspondendo o fato ao "animus necandi", *mas simplesmente pela extensão do dolo às conseqüências possíveis da ação ou omissão do agente.* (O grifo é nosso) (3).

Nos próprios conceitos, exarados pelo ilustre senador Ferreira de Souza, na parte final do seu parecer, perante o Senado, encontra-se a defesa da nossa tese. Ora, se considera o dolo extensivo às conseqüências possíveis da ação ou omissão do agente e se, entre essas conseqüências, está a morte da pessoa, o crime é necessàriamente doloso contra a vida, ainda que a finalidade específica e primária do agente fôsse atingir e lesar bem jurídico diverso daquele (3a).

(2) Ob. cit., p. 36/7.

(3) in Rev. Brasileira de Criminologia, Rio, n.º 1, p. 16, sob o título "Crimes dolosos contra a vida".

(3a) Em voto vencido, o ilustre desembargador La Hire Guerra, figura singular da magistratura rio-grandense, pelas suas peregrinas virtudes morais e pelos seus dotes de inteligência e cultura, assim sustentou a competência constitucional do júri, em todos os crimes de que resulte dolosamente a morte: "Em face do estatuído na Constituição Federal — art. 141, § 28, *in fine* — derrogada ficou a regra do art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal, obrigatória pela Constituição a competência do júri, terá a mesma de prevalecer sôbre a do juiz singular. O dispositivo constitucional teve em mira resguardar a liberdade individual contra o suposto rigorismo da justiça singular e profissional. Porque o tribunal popular é menos inflexível e mais humano, seja êle o juiz das prisões mais dilatadas, que podem levar até ao trágico encarceramento por 30 anos. Fôra, pois, disvirtuar o sentido da nossa lei máxima, reduzi-la a uma questão de nome jurídico — aplicável restritamente ao caso de homicídio pròpriamente dito — previsto no capítulo 1.º do título 1.º da parte especial do Código Penal. Crime doloso contra a vida, além da tentativa, é todo crime voluntário do qual resultou morte, ainda que esta não tenha sido a intenção direta ou principal do criminoso, mas fôsse simples meio para a execução de crime diverso, tal como sucede, entre outras, nas hipóteses dos arts. 146 §

Rejeitada a emenda, prevaleceu o substitutivo da Comissão, que depois, remetido à Câmara, foi aprovado e assim constituído o texto da lei vigente (Lei n.º 263 cit.).

*

Afigura-se-nos que o poder legislativo não atendeu à vontade da lei constitucional, expressa no § 28 do art. 141, quando prescreveu que coubesse, obrigatòriamente, ao julgamento do júri todos os crimes dolosos contra a vida.

Parece-nos que predominou um verdadeiro preconceito na legislatura ordinária, quando lhe tocou regulamentar o dispositivo constitucional.

Elaborou a lei ordinária, sob o pressuposto, inteiramente incabível, de que o legislador constituinte, ao usar da expressão "crimes dolosos contra a vida", tinha em mente designar sòmente os crimes assim contemplados, segundo a nomenclatura do Código Penal.

Deu assim uma primazia ao Código Penal sôbre a Constituição. Ao invés daquele ser interpretado em função do ordenamento jurídico, estruturado na Constituição, é a Constituição que, segundo a estranha exegese, passou a ser compreendida segundo os princípios sistemáticos do Código, no tocante à classificação dos delitos.

O legislador constituinte estabeleceu princípios fundamentais dos quais haveriam de dimanar as conseqüências jurídicas no campo do direito público e no próprio campo do direito privado.

De resto, ainda que a intenção fôsse no sentido de compreender apenas os crimes definidos sob a rubrica "crimes contra a vida", segundo o Código Penal, não poderia prevalecer essa intenção, por isso que a lei se independiza da vontade do legislador e o sentido e o âmbito de sua aplicação resultam não daquela vontade, mas da função que passa a desempenhar a lei, em consonância com o ordenamento jurídico geral, dentro dos pincípios que estruturam o sistema a que pertence.

"No se investiga, propiamente hablando, la voluntad del legislador, sino la de la ley. La voluntad de la ley vale más que la del legislador".

2.º, 150, § 1.º, 157. § 3.º, 208, § único, 223, § único, 267, § 1.º, 351, § 2.º, 352 e 353 do Código Penal. Tôda a questão depende de achar-se ou não réu sujeito às penas do homicídio doloso. Desde que haja voluntàriamente praticado uma morte, sejam quais forem as circunstâncias do caso, terá de ser julgado pelo júri. No caso presente, a violência arbitrária consistiu precisamente em matar, o desígnio criminoso não foi outro senão o homicídio, a intenção única, e não apenas secundária ou indireta, foi o sacrifício de uma vida humana. Por que, pois, excluir a competência do júri? Estando os réus sujeitos à pena do art. 322 do Código Penal — detenção de 6 meses a 3 anos — e mais à pena do homicídio doloso — tenho, *data vênia*, como certeza jurídica, a nulidade do julgamento, por infringente do art. 141 § 28 da Constituição Federal". Ac. do Trib. de Justiça do R. G. do Sul, de 7-8-1947 *in* Rev. Forense, vol. CXV, pág. 237-38). Foi relator do acórdão que sufraga a interpretação que combatemos, o ilustre Des. Celso Afonso Pereira.

FACULDADE DE FIL
BIBLIOTECA

"La interpretación es una operación lógico-juridica, consistente en verificar el sentido que cobra el precepto interpretado, al ser confrontado con todo el ordenamiento juridico concebido como unidad, y especialmente ante ciertas normas que le son superiores o que sencillamente limitan su alcance, con relación a una hipótesis dada" (4).

Ao interpretar, pois, o dispositivo constitucional, constante do art. 141, § 28, cumpre, em primeiro lugar, determinar a sua índole e natureza na sistemática dos direitos e das garantias individuais.

A Constituição de 1946 restaurou a soberania do júri, reatando a tradição democrática da primeira constituição republicana.

Ora, sempre se reconheceu como linha fundamental da instituição do júri a sua competência para o julgamento dos crimes mais graves a que a lei comina penas de longa duração.

Em segundo lugar, devemos atender para a locução "crimes dolosos contra a vida", interpretando-a no sentido que ela comporta dentro da doutrina penal, sem nos impressionarmos com a nomenclatura e o sistema do Código vigente, porque êste é que deve afeiçoar-se aos princípios da Constituição, de que é vassalo, e não esta seguir o passo daquele.

A nossa assertiva não sufraga o conceito emitido, em aparte ao discurso do senador Olavo Oliveira, pelo ilustre senador José Ferreira de Souza, segundo o qual "o legislador constituinte não é técnico em Direito Penal. Não fêz distinção perfeita do dolo".

O legislador constituinte, ao concretizar a norma constante do § 28 do art. 141 da Constituição, deveria ter em mente os ensinamentos da doutrina penal e não a orientação do Código Penal, com os seus conceitos e as suas limitações.

No legislador constituinte são presumidos conhecimentos especializados e profundos de todos os ramos do direito, pois a todos a Constituição deve levar o seu reflexo, a sua ressonância e, sob o seu império, se organizam e se legitimam todos os setores do direito público e do próprio direito privado.

De resto, se verdadeira fôsse a afirmativa do nobre senador Ferreira de Souza, seria esta mais favorável do que contrária à nossa tese.

Porque, se realmente o constituinte não fôsse técnico em direito penal e não houvesse feito distinção perfeita do dolo, seria contraditório afirmar, ao mesmo tempo, que êle ficara adstrito ao Código, pois, segundo êsse diploma, êle deveria ter admitido duas modalidades do dolo, o chamado dolo direto, no qual a vontade corresponde ao resultado atingido (art. 15, al. I), e o dolo chamado eventual, no qual o agente, ao empreender o ato, tem a representa-

(4) Sebastian Soler, Der. Pen. Arg., Tomo I, p. 142-43.

ção intelectual do resultado que, eventualmente, poderá dêle derivar (art. 15, al. I, 2.ª parte).

Mas, na realidade, o legislador constituinte empregou a locução "crimes dolosos contra a vida" com o rigor técnico que ela comporta, na ciência penal, e não no sistema do Código.

Vejamos o que se entende por crime doloso.

O dolo pressupõe um ato psicológico complexo, cujo fundamento é a vontade orientada para um consciente fim ilícito. Entre a consciência do fim e a vontade de alcançá-lo, há no agente o conhecimento da ilicitude da ação, a persuasão de sua capacidade para obter o fim almejado e a previsão das conseqüências que podem derivar do desencadeamento da ação.

"El resultado pensado por el sujeto como consecuencia necesaria de la acción es dolosamente querido. También ahora hay que partir del resultado intencional. A éste se añade, en primer término, un ulterior elemento de representación, a saber: la representación de que con el resultado intencionalmente perseguido están ligados, y, en verdad, necesariamente ligados, otros resultados ulteriores. Cuando existe esta situación de hecho, es ella ya suficiente por sí sola para designar como querido a este resultado necesario de la acción. La representación de la conexión necesaria, traslada también necesariamente la voluntad de la acción al resultado concebido como necesario. Y es indiferente que este último sea deseado o no por el sujeto. Pues el efecto intencionalmente perseguido era para el autor, en tales casos, aún más deseado que la evitación de la consecuencia necesariamente ligada com él, y por ello, se le imputa al agente como querida, esta consecuencia necesaria. El que hace transportar en un navío una máquina infernal para que el buque se hunda en pleno Oceáno y percibir de esta suerte la prima del seguro, ha querido dolosamente la muerte de todas aquellas personas cuya pérdida prevé como cierta, aun cuando este "resultado accesorio" sea en absoluto contrario a su deseo. "Las consecuencias de la acción reconocidas como necesarias han sido admitidas por el agente en sua voluntad, aun cuando no tenga interés alguno en dichas consecuencias".

En especial es, por tanto, dolosamente querido todo medio para la consecución del fin, que se representa al agente como necesario, todo resultado accesorio que al sujeto se representa como necesariamente ligado con el resultado principal, toda ulterior consecuencia de la acción, representada como necesaria" (5).

Da mesma opinião é o consagrado mestre argentino Sebastian Soler, cujos conceitos no direito penal se inspiram nas melhores fontes e refletem um exemplar equilíbrio e irrepreensível correção.

"El dolo se integra no solamente por el conocimiento de las cir-

(5) Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, trad. esp., tomo II, p. 138-9.

cunstancias presente, sino también por la representación de una situación futura a la cual tiende, o cuyo advenimiento el autor desea o, a lo menos, consiente. Ese estado futuro de cosas debe ser considerado como una unidad representativa, por cuanto existen en toda situación determinante de la voluntad una pluralidad de elementos que no todos son con igual intensidad deseados, y aun, a veces, algunos de ellos no lo son. Puede uno querer la muerte de su enemigo sin desear por ello la miseria y el abandono de los hijos de éste, a pesar de representársela como necesaria.

Lo más frecuente, observa v. Hippel, es que en la representación del estado futuro "se entremezcle lo agradable con lo indiferente y con lo desagradable". Por eso es que la volición, y con ella el dolo, no importan un sentimiento de agrado o satisfación absoluta para el que realiza lo deseado, sino de agrado relativo. Diremos, pues, que existe dolo, no sobre la base de computar la referencia intencional del sujeto a cada uno de los eventos esperados, tomados aisladamente, sino con relación al conjunto de hechos considerados en sua unidad "con sus luces y sombras". Y es dolosa la totalidad de lo representado, cuando uno de los elementos sobrepasó el poder de cohibición que las demás previsiones ejercían. Es decir, que doloso es no solamente aquello que fué indirectamente propuesto o intencional, sino todo aquello que apareció como acompañando necesariamente a ese hecho, aun cuando estas otras circunstancias no sean aisladamente deseadas. Así, es dolosa la lesión causada al que viajaba en el mismo coche que mi enemigo, cuando por vengarme de éste he hecho tumbar el carruaje, a pesar de que esa lesión a un tercero puede serme desagradable o indiferente. Ya en el Digesto, fr. 77, 47, 2, hay de ello un buen ejemplo: qui saccum habentem pecuniam surripit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus sacci surripiendi" (6).

Logo, é doloso o delito não só quanto ao fim específico, visado, primàriamente, pelo agente, mas no tocante a tôdas as conseqüências que, segundo a experiência corrente e a ordinária previsão, se possam conter na prática do fato. Assim em todos os crimes em que o meio executivo é a violência contra a pessoa, o agente pode prever, conforme as circunstâncias em que exerce a violência, as conseqüências a que fica sujeita a pessoa e que vão da simples atemorização às lesões corporais e à morte.

Ora, ainda que a violência vise dolosamente um fim específico, por exemplo, a obtenção de uma vantagem, a subtração de uma cousa, se, no entanto, em virtude do modo em que se exerce e das condições do sujeito passivo, sobreveio uma conseqüência mais grave para a pessoa — a própria morte ou o evento lesões corporais — não

(6) Sebastian Soler, ob. cit., tomo II, p. 123-4.

se pode dissociar, do ponto de vista subjetivo, o dolo para reconhecê-lo, quanto aos atos ligados ao fim específico e negá-lo quanto às conseqüências resultantes dos próprios atos postos em prática.

Só será lícito negar o dolo, se essas conseqüências se mostrarem de caráter extraordinário, fruto puramente do fortuito, ou não suscetíveis de ordinária previsão, mas sòmente previsíveis, e, portanto, não tenham se representado na mente do autor, como necessàriamente ou possìvelmente ligadas à ação diretamente desejada.

Examinemos cada uma das hipóteses delituosas contempladas no Código, de que resulte a morte da pessoa.

Temos, em primeiro lugar, o crime de homicídio que se divide em três modalidades: homicídio simples, homicídio privilegiado e homicídio qualificado, em que a morte da pessoa corresponde exatamente ao dolo do agente.

Depois, o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. Sòmente se constituem os pressupostos do delito, acarretando a conseqüência jurídica da pena, quando se consuma o suicídio ou de sua tentativa resulta lesão corporal de natureza grave.

Como é óbvio, só surgirá a competência do júri na primeira hipótese, isto é, em se verificando a consumação do suicídio.

A seguir, vêm os crimes de infanticídio e de abôrto. Quanto ao último, surge, de logo, uma questão: o crime de abôrto, em tôdas as modalidades previstas pelo Código, está sujeito ao julgamento do júri, ou sòmente, quando do próprio abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo, sobrevém a morte da gestante?

A nosso ver, sempre a competência é do júri, ainda que não sobrevenha a morte da gestante em conseqüência do abôrto ou dos meios empregados para provocá-lo.

A incriminação do abôrto destina-se a proteger, primacialmente, a vida do produto da concepção, a que se reúne, secundàriamente, o bem jurídico, representado pela saúde da gestante.

> "O Código classifica o abôrto entre os crimes contra a vida que são uma subclasse dos crimes contra a pessoa. E' um critério acertado. Não se pode negar que o feto seja, pelo menos, uma "spes personae". O Código Civil Brasileiro, não obstante declarar que "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida", põe a salvo os direitos do nascituro e destaca situações em que, como observa Clóvis Beviláqua, o "infans conceptus" se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 357, parágrafo único, reconhecimento de filho anterior ao nascimento c) art. 468, curatela do nascituro; c) art. 1718, capacidade do nascituro para adquirir por testamento. E comentando o art. 4.º do referido Código, disserta Clóvis: "Kohler recorre a uma construção forçada das pessoas jurídicas implícitas (stillschweigende juristische Personem) para explicar o exercício dos direitos do nascituro; Windscheid fala, em tal caso, de direito sem sujeito. Parece mais lógico afirmar, francamente, a personalidade do nascituro'.
>
> .....
>
> "Segundo ensina Manzini, o feto é, pelo menos, uma pessoa em formação, isto é, uma expectativa de vida humana, de modo que o abôrto provocado vem a ser um crime "contra a vida" e, in genere, "contra a pessoa". O interêsse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquiri-las.
>
> .....
>
> "Entre o infanticídio (eliminação da vida extra-uterina) e o abôrto (eliminação de vida intrauterina) a diferença é apenas de grau, ou, como dizia Carrara, de *quantidade natural* e de *quantidade política* (7).

Logo, o abôrto é um crime doloso contra a vida e, portanto, seu julgamento incide obrigatòriamente na esfera jurisdicional do júri, ocorra ou não a morte da gestante.

Referidas as figuras delituosas em que o evento morte constitui o fim específico do agente, vejamos agora aquêles casos de crimes de estrutura complexa, como os denomina Carnellutti, em que ao evento diretamente querido pelo agente, acrescenta-se outro, ìntimamente ligado ao primeiro e compreendido como conseqüência necessária da própria ação, embora possa constituir o resultado — morte — um fato indiferente à esfera volicional do criminoso.

Temos, em primeiro lugar, segundo a ordem de enumeração dos delitos, adotada pelo Código, a figura da "lesão corporal seguida de morte" (art. 129, § 3.º), que a terminologia clássica denomina "homicídio preterintencional".

Poder-se-á considerá-la como crime doloso contra a vida?

Diante do Código penal vigente, não. Face à doutrina, sim e não, pois tudo depende do conceito e do alcance do dolo, conforme as várias concepções.

Para alguns autores, o delito preterintencional é, essencialmente, doloso; para outros, essencialmente, culposo e para a terceira corrente, aliás, a que prepondera na doutrina e na legislação, é um misto ou um delito complexo, de dolo e culpa, dolo no antecedente e culpa no conseqüente.

Ora, para os que entendem que o evento — morte — excedente da intenção do autor só pode ser imputado a título de culpa, parece

(7) Nelson Hungria, Com. ao Código Penal, vol. V, págs. 248-50.

que a conseqüência lógica levaria a excluir tal delito da competência do júri. No entanto, a nós se afigura arbitrária essa exclusão "in limine" ou aprioristicamente.

A distinção entre a lesão corporal seguida de morte e o autêntico homicídio doloso reside, principalmente, no elemento subjetivo.

Ora, sabemos como são enganadoras, muitas vêzes, as circunstâncias exteriores, através das quais se caminha para alcançar o âmago do sentimento e do motivo que inspiraram e determinaram o criminoso, na prática do seu delito.

Há hipóteses em que se deve inferir necessàriamente o dolo, ainda que o negue o agente, por fôrça da eficácia mortífera do instrumento, da direção dos golpes, da região atingida, e de outras inúmeras circunstâncias ligadas à execução do crime.

Desde que se esteja em face do evento — morte — produzido mediante ação idônea e voluntária do homem, o fato constitui, pelo menos aparentemente, o crime de homicídio, e o elemento subjetivo constitui indagação posterior que sòmente se elucidará, no julgamento da causa: ao júri o crime deve ser submetido; e só a êle caberá julgar-se incompetente.

No capítulo dos "crimes de periclitação da vida e da saúde" pode ocorrer o evento morte, como elemento qualificativo do abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro e maus tratos.

No tocante ao crime de abandono (art. 13), a morte pode sobrevir como conseqüência necessária do próprio abandono.

Figure-se a hipótese de um menor de tenra idade, abandonado numa floresta ou em região absolutamente êrma, visitada por animais de prêsa.

Pode a morte não ter sido desejada pelo agente, constituindo mesmo para êle uma "hipótese desagradável", mas, conforme as circunstâncias, ligadas ao grave risco e conseqüente dano sofrido pelo abandonado, ao agente o evento morte se apresentará como conseqüência ordinária do abandono, relacionando-se, pois, ìntimamente ao dolo específico do crime. Nesse caso, o crime de abandono pode ter constituído apenas a ocasião para o crime de homicídio e, precisamente por isso, é necessário distinguir, com argúcia, tôdas essas situações, projetando muita luz sôbre as sombras que se adensam em tôrno dos verdadeiros motivos e circunstâncias do crime.

O mesmo pode ocorrer, no tocante aos delitos previstos nos artigos 134 (exp. ou abandono do recém-nascido) 135 (omissão de socorro) e 136 do Código (maus tratos).

Preferível é exemplificar, para que mais clara se mostre a possibilidade de, sob a aparência de tais delitos, se concretizar um verdadeiro delito doloso de homicídio, da competência do júri.

ABANDONO OU EXPOSIÇÃO DE RECÉM-NASCIDO

Uma mãe desalmada manda abandonar o filho recém-nascido, colocando-o sob chuva inclemente, à porta de uma casa que sabe sem moradores. Ainda que no seu espírito se represente a possibilidade de algum transeunte recolher a criança e tomá-la sob seus cuidados, a representação do evento morte, que vem de ocorrer, se impõe, no momento do abandono, como um fato que se contém nas condições causais do próprio abandono.

CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO

Um médico encontra na estrada um indivíduo ferido que está prestes a expirar, em conseqüência de forte hemorragia. Ao médico seria relativamente fácil estancar a hemorragia, mercê de recursos que, na ocasião, dispõe. Mas, como se trate de um inimigo, deixa que o ferido pereça, sem lhe prestar a mínima assistência.

Aparentemente, é um crime de omissão de socorro. No entanto, investigações posteriores apuraram as circunstâncias aludidas no exemplo, diante das quais o fato passa a assumir as características de um crime de homicídio, pois a omissão de socorro funcionou como verdadeira concausa do evento letal. Face ao nosso Código que consagra a teoria da eqüivalência dos antecedentes causais, o procedimento do médico se constituíra como causa dolosa da morte, concorrendo, junto ao autor do ferimento, para êsse resultado.

MAUS TRATOS

Um tutor castiga com violência o seu tutelado, por falta cometida. O castigo, pela própria natureza e pelos meios empregados, ocasiona a morte do castigado.

Dir-se-á que o dolo sòmente poderá ser reconhecido quanto aos maus tratos inflingidos, funcionando o evento — morte — como simples condição objetiva de maior punibilidade do fato delituoso.

A solução do problema penal que se apresenta no exemplo depende ìntimamente de várias circunstâncias, preponderando o aspecto subjetivo: o meio utilizado para o castigo, as condições físicas da vítima, o modo de execução, o motivo, o temperamento do agente, etc.

Se a morte da pessoa decorre como uma conseqüência ordinária do próprio castigo, nas condições em que foi inflingido, e se o motivo autoriza a suspeita do "animus necandi", ao invés do aparente delito de maus tratos, poderemos ter um legítimo delito de homicídio.

A distinção entre as duas formas delituosas reside, em última análise, no elemento subjetivo.

RIXA

Se ocorre morte, a rixa é qualificada. Os rixentos não possuíam

o "animus necandi", nem o "animus vulnerandi", mas o simples "animus rixandi". No entanto, a morte foi causada ou pela ação exclusiva de um dos participantes, ou pelo concurso de dois ou mais, ou de todos.

Todos respondem, conseqüentemente, pela rixa qualificada, respondendo ainda, em concurso material com o crime de homicídio, aquêles que diretamente o causaram, salvo se conseguirem provar que o evento — morte — não pode ser imputado ao respectivo dolo. Mas, como essa indagação é de índole subjetiva, e só poderá ser exercida e resolvida através da instrução do processo e do seu julgamento, seria arbitrário subtrair o crime à competência do júri. De resto, a rixa poderá constituir simples ocasião, intencionalmente procurada, para a prática do crime de homicídio.

ROUBO E EXTORSÃO

No roubo e na extorsão, o meio executivo é a violência contra a pessoa. Como conseqüência do roubo ou da extorsão, pode resultar a morte da vítima. O dolo do agente que, especìficamente, se dirigia à subtração da cousa, no roubo, ou à obtenção da vantagem, como condição ou preço do resgate, na extorsão, pode estender-se às conseqüências possíveis da violência, desde que a morte resultante se representara no espírito do agente e sua ocorrência se contivesse ordinàriamente na causalidade do fato, ligada a êste, não por um vínculo de acidentalidade, mas pela íntima relação de efeito inerente e adequado à sua causa.

Não se esqueça que ao crime de extorsão, mediante seqüestro, em resultando a morte do seqüestrado, é cominada a mais rigorosa sanção penal do Código: reclusão por 20 a 30 anos e multa de 20 a 50 mil cruzeiros. Esta excepcional severidade da pena — salienta a Exposição de Motivos — é justificada pelo caráter brutal e alarmante dessa forma de criminalidade, nos tempos atuais.

Certo que o legislador pressupõe o dolo do agente, quanto ao evento "morte", pois, caso contrário, a pena não alcançaria àqueles limites extremos. E, sendo dolosa a morte, a competência para o julgamento é, obrigatòriamente, do júri. Nem se compreende que a aplicação de tal pena fôsse conferida ao juiz singular, quando delitos, como o de abôrto, se provocado pela própria gestante, punido com a pena de detenção de um a três anos, é da competência do júri.

CRIMES CONTRA OS COSTUMES

No setor dos crimes contra os costumes, também surge o fator violência — como elemento integrativo do estupro, do atentado violento ao pudor, do rapto. Dêle, do fator violência, poderão derivar efeitos diversos daqueles que constituem o evento típico dêsses delitos.

Figuremos a hipótese de uma criança estuprada por um sátiro, resultando da violência a sua morte.

Outro exemplo: durante um rapto, o agente, para evitar a fuga da raptada, usa de meios compressivos e intimidantes de que resulta a sua morte.

O dolo do estuprador e do autor do rapto compreenderá o evento morte?

Sempre surge a mesma inquietante interrogação e a resposta não há-de variar.

Se, apuradas as circunstâncias do crime, o resultado morte fôr havido como conseqüência ordinária da violência, previsto pelo agente, que dêle teve a representação, êsse resultado foi inequìvocamente abrangido pelo respectivo dolo.

OUTROS CRIMES

Resta ainda examinar os crimes previstos no Código "contra a segurança dos meios de comunicação e transporte" e "contra a saúde pública".

Aí também o evento — morte — surge, em relação a várias entidades delituosas, como condição qualificativa.

Cumpre indagar se nesse setor também se pode falar em delito doloso contra a vida.

Pensamos que sim. Exemplifiquemos com duas modalidades delituosas contempladas nesses dois setores mencionados: arremêsso de projetil contra veículo em movimento e o envenenamento de fonte de água potável ou de substância alimentícia ou medicamentosa.

Quem arremessa um engenho explosivo contra um veículo em movimento, vendo-o cheio de passageiros e conhecendo a potência destruidora do projetil, não pode excluir do dolo tôdas as conseqüências que dessa ação sobrevierem, como seja a morte de todos ou de alguns dos passageiros.

Quem envenena uma fonte de que se abastece a população de uma cidade, colocando certa quantidade de veneno capaz de matar quantos se sirvam da água, ou envenena um alimento, destinado ao consumo público, deve responder a título de dolo pela morte ou mortes que daí derivem, pois se nos afigura mais intenso o dolo, nessa hipótese, do que naquele caso em que o indivíduo mata uma pessoa determinada, porque, de algum modo, lhe dera um motivo que suscitara a sua reação homicida. Ao passo que, enevenenando uma fonte ou um medicamento, o agente vai causar a morte de pessoas que, arbsolutamente, não lhe haviam dado qualquer motivo, por mais leve que fôsse. Denota, pois, o agente profunda e fria perversidade (8).

(8) Telegrama de Quebec, publicado pelo "Diário de Notícias" desta capital, edição de 29-9-49, informa sôbre um crime ocorrido, no Canadá, em condições muito interessantes. Eis o telegrama: "Quebec, 23 (United) — A polícia informa que uma ciumenta mulher foi prêsa sob a suspeita de ser autora da morte da espôsa do seu amante e de outras

O fato da lei penal situar num ou noutro setor os diversos crimes, segundo o fim específico visado pelo agente, de que resulta a objetividade jurídica do próprio crime, consulta à necessidade de erigir um critério de classificação, mas não significa a impossibilidade do mesmo crime ser perpetrado, simultâneamente, contra diverso bem jurídico, atingido, ainda que de modo eventual, pela ação primária, cuja fôrça causal, conhecida do agente, compreendia o resultado plurilesivo.

O preceito constitucional quis dar ao júri o julgamento de todos os crimes em que a vida constitui, isoladamente ou em concurso com outro bem jurídico, a "ratio" incriminadora, desde que a lesão à vida esteja na esfera do dolo propulsor do delito.

A Constituição se apegou a um critério subjetivo para fixar a competência do júri.

A existência dêsse elemento subjetivo do crime depende sempre de ampla investigação, através das circunstâncias e dos fatôres, os mais diversos.

Só, no julgamento da causa, depois de reunidos todos os elementos elucidativos da dinâmica íntima do delito, muitas vêzes equívoca na sua morfologia, será possível apurar devidamente qual o verdadeiro elemento subjetivo: se o dolo ou a culpa "strictu sensu", fôrças morais propulsoras do crime.

Logo, a competência do júri deverá orientar-se, principalmente, pelo aspecto exterior do delito, desde que dêle se possa inferir razoàvelmente a existência do dolo contra a vida.

No caso de dúvida, o processo deve sempre ser atribuído ao júri, o que não impede que êste se declare incompetente, se dos debates resultar a prova de que, na espécie em julgamento, não se configurara, na realidade, um delito doloso contra a vida.

O júri é uma das garantias que protegem os direitos de liberdade da pessoa, declarados pela Constituição.

A lei modera — escreve Carlos Maximiliano — mas também tutela prerrogativa suprema do homem: se a limitação não é certa, se oferece margem a dúvidas por falta de clareza ou por impropriedade da linguagem, interpreta-se contra a restrição, a favor da liberdade.

22 pessoas, colocando uma bomba de fabricação doméstica dentro do avião que explodiu próximo daqui, no dia 9 de setembro. A polícia informa ainda que essa mulher, identificada como sendo a senhora Pitre, de 41 anos de idade, confessou ter levado a bomba ao aeroporto, pouco antes da saída do avião. Foi ela detida ontem, à noite, depois de ter tentado contra a existência, tomando uma dose excessiva de comprimidos contra insônia. As autoridades estão procurando o seu suposto amante. Acrescenta a polícia que o crime foi determinado por dupla intenção: o ciúme e o recebimento de um seguro de 10.000 dólares. O espôso segurara a vida da espôsa por essa quantia, dois dias antes da destruição do avião, o qual caiu a 100 quilômetros desta cidade. Uma testemunha ocular da catástrofe disse que o avião explodiu no ar, antes de precipitar-se contra as montanhas nas margens do rio São Lourenço". Ora, como se vê, o dolo nesse delito abrange tôdas as conseqüências decorrentes do propósito direto de eliminar a espôsa, não importando que a morte das outras pessoas, estranha à intenção do agente, não tenha sido por êle desejada.

DOIS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS

Ruy Cirne Lima

A elaboração da Constituição do Rio Grande do Sul propôs aos estudiosos o problema da constitucionalidade, face à Carta Federal, do parlamentarismo nos Estados; e, do mesmo passo, a questão da competência para o desatamento do conflito que assim se vinha a criar entre o texto constitucional do Estado e o da União, nesse particular.

Consabida é a solução dada às duas controvérsias pelo Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo-se competente e, pois, conhecendo da tese "in abstracto", pronunciou a inconstitucionalidade das disposições da Constituição Estadual, de enderêço parlamentarista.

Diante dêsse aresto, e de outros, quanto à questão da competência, fiéis à mesma orientação, poderiam, talvez, considerar-se encerradas as duas questões. Pensamos, não obstante, nos possa ser perdoada a audácia de volvermos sôbre elas. Quanto ao mérito, entendemos que, de alguma forma, nos excusa a circunstância de que os argumentos, dos quais nos servimos, não entraram diretamente em discussão, ao menos em quanto se conhece, publicado, acêrca da controvérsia. Quanto à questão da competência para a solução do conflito, atenua-nos a ousadia o fato de que, depois de ter recusado a Washington, um pronunciamento "in abstracto", a Suprema Côrte dos Estados Unidos consentiu em dá-lo mais tarde, ainda que extra-oficialmente, por solicitação de Monroe, para, sòmente depois, fixar-se definitivamente na posição negativa, hoje característica fundamental do sistema judiciário norte-americano. (Charles Evans Hughes, La Suprema Corte de los Estados Unidos, trad. de R. M. Pasqual e V. Herrero, México, s. d., pág. 47).

Esta, a explicação indispensável como proêmio aos dois estudos que seguem, ambos de elaboração anterior ao aresto do Supremo Tribunal Federal e o primeiro dos quais, de resto, já publicado.

O REGIME PRESIDENCIAL E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA UNIÃO

A quem analisa o conteúdo do artigo 7, inciso VII, da Constituição Federal, o que, para logo, ocorre é o caráter meramente remissivo das enunciações nêle contidas. Referem-se, — deixemos de parte, por enquanto, a da letra "b", — referem-se tôdas as mais a disposições, alhures, insertas na própria Constituição.

A forma republicana representativa, sabemos todos no que consiste. Tradicional entre nós é o conceito de Rui Barbosa, segundo o qual consiste a forma republicana em que "sôbre existirem os três poderes constitucionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, os dois primeiros derivem realmente de eleição popular" (1). À sua vez, o regime representativo não é senão "o regime em que o govêrno é exercido por mandatários, representantes escolhidos pelo povo, agindo pelo povo soberano, e em nome dêle". Aqui, ainda, a lição é tradicional na publicística brasileira: vem-nos de João Barbalho (2). O conteúdo da letra "a" do artigo 7, inciso VII, da Constituição, achâmo-lo, porém, na própria Constituição. No mesmo artigo 7, inciso VII, afirma-se já o princípio da eletividade do Governador, ao proibir-se-lhe a reeleição (art. 7, VII, "d"). No artigo 139, incisos II e V, — a eletividade do Governador e do Legislativo Estadual é o pressuposto declarado das inelegibilidades que, para tais órgãos, a Constituição estabelece. Fixa-se, destarte, no próprio texto federal, que o Executivo e o Legislativo do Estado hão de promanar, realmente, de acôrdo com a lição clássica, da eleição popular. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 2, § 3, caracteriza a natureza representativa dos múnus exercidos pelo Governador e pela Assembléia Legislativa Estadual. Aí se diz explìcitamente: "Os mandatos dos governadores e dos deputados às Assembléias Legislativas..." Trata-se, pois, de mandatários do povo, como cabe em um regime representativo. Próprio dêste é, ainda, a temporariedade das funções eletivas. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias esgota, quanto à primeira investidura, o conteúdo do princípio, fixando, naquele mesmo artigo 2, § 3, o têrmo final dos mandatos do Governador e dos Deputados à Assembléia Legislativa, em tal hipótese. Quanto ao futuro, o artigo 7, inciso VII, êle próprio, enuncia a regra, a ser observada: "temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes" (letra "c").

Conseqüentemente, só no tocante à forma republicana representativa (letra "a"), remete-nos o artigo 7, inciso VII, às alíneas "c"

(1) Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, t. I, São Paulo, 1932, p. 165.
(2) Comentários à Constituição Federal Brasileira, Rio de Janeiro, 1902, p. 8.

e "d" do mesmo inciso, ao artigo 139, incisos II e V, da Constituição e ao artigo 2, § 3, do Ato das Disposições Transitórias.

Na letra "c", o inciso VII do artigo 7 vai referido, a seu turno, à letra "a" do mesmo inciso e aos artigos 57, 60, § 2, e 82 da Constituição, com a restrição "pro tempore" do artigo 2, § 3, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na verdade, os mandatos de Deputado e (adotada a bi-cameralidade) de Senador do Estado não poderão ter duração superior à fixada para os dos Deputados (art. 57), ou para os dos Senadores federais (art. 60, § 2); nem o mandato do Governador poderá exceder no tempo ao do Presidente da República (art. 82), salva a disposição transitória (art. 2, § 3), que faz coincidirem, quanto ao têrmo final, o mandato do atual Presidente da República, do atual Governador do Estado e os dos atuais Deputados à Assembléia Legislativa.

Na letra "d", o inciso VII do artigo 7 reporta-se à disposição do artigo 139, II, "a", da Constituição. Por esta última disposição, inelegível é, para Governador do Estado, "o Governador que haja exercido o cargo, por qualquer tempo, no período imediatamente anterior". Aquí se diz que o Governador é inelegível para o período governamental imediato; ali, proíbe-se a reeleição "para o período imediato". A remissão é evidente.

Na letra "e", o inciso VII do artigo 7, ao prescrever aos Estados o princípio da autonomia municipal, limita-se, por igual, a uma indicação remissiva à própria Constituição: o conceito de autonomia municipal, o intérprete irá buscá-lo aos artigos 23 e 28 do texto.

Na letra "g" (anteponhâmo-la à letra "f"), acêrca das garantias do Poder Judiciário, o inciso VII do artigo 7 endereça-nos ao Título II da Constituição (Da Justiça dos Estados), cujo único artigo 124 regula minudentemente a matéria; senão, também, ao artigo 128 do Título III, no que respeita à organização do Ministério Público Estadual.

A letra "f" do mesmo inciso é, face às que já examinamos, a que maior liberdade, na fixação do respectivo conteúdo, espaça ao Estado. Essa liberdade, porém, decorre, — não da ausência de remissão complementar, ao texto da Constituição, — e, sim, ao contrário, da latitude da disposição, a que remete, a qual, de sua parte, nos reenvia ao que fôr estabelecido na Constituição Estadual. Tal disposição é a do artigo 22 da Constituição Federal: "A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada... nos Estados... pela forma que fôr estabelecida nas Constituições Estaduais".

Visto, pois, e claramente visto está que as alíneas "a", "c", "d", "e", "f", "g" do artigo 7, inciso VII, têm o seu conteúdo determinado, alhures, no próprio texto da Constituição Federal, ou do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Cânon da exegese constitucional é, de outro lado, o princípio, segundo o qual "a construção de um dispositivo constitucional deve ser uniforme" (3). A conclusão que se nos oferece, já agora, é a de que, também, a alínea "b" do mesmo artigo 7, inciso VII, dentro da construção sistemática do dispositivo, encerra, uniformemente, uma enunciação remissiva.

Depara-se-nos desde logo, sem dificuldade, a disposição, a que o princípio da "independência e harmonia dos poderes" (art. 7, VII, "a"), ali prescrito aos Estados, vai referido. E' a disposição do artigo 36 da Constituição: "São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si".

A coincidência conceitual das duas fórmulas, — "independência e harmonia dos poderes" e "poderes independentes e harmônicos entre si", — impõe a convicção de uma recíproca remissão e correspondência entre êsses dois passos da Constituição. O conteúdo do princípio de independência e harmonia entre os poderes, inserto na alínea "b" do artigo 7, inciso VII, não poderá ser senão o que resulta da organização política federal, cujos três poderes, a mesma Constituição, ela própria, qualifica decisivamente como "independentes e harmônicos entre si".

Há, de resto, na Constituição Federal, — em outros dispositivos o atestam, — uma prefiguração da estrutura política do Estado, no tocante, sobretudo, à divisão dos poderes. Na Constituição de 1891, já a havia. Quanto à tripartição dos poderes, João Barbalho observou, oportunamente: "A Constituição Federal tem por existentes no organismo político de cada Estado os referidos três poderes, e a êstes se refere, separadamente" (4). Na Constituição de 1946, a tripartição dos poderes políticos do Estado acha-se delineada no artigo 9, II, e no artigo 7, VII, "g"; aquêle, aludindo ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo do Estado; êste último, ao Poder Judiciário. Não seria lícito, portanto, ao Estado adotar outra fórmula de divisão dos poderes, com maior ou menor número dêles.

Nessa prefiguração da morfologia política dos Estados, a Constituição Federal vai além. Nos §§ 1 e 2 do artigo 28, o texto constitucional refere-se à nomeação de prefeitos pelo Governador do Estado: no primeiro parágrafo, a título de faculdade; no segundo, imperativamente. Tal faculdade, reservada ao Estado, como restrição à autonomia municipal, a Constituição situa-lhe, porém, o exercício nas mãos do Governador. Certo, não se presume que a Constituição Federal tenha, aí, pretendido invadir a esfera da autonomia do Estado, e prescrever-lhe regras internas de competência. O que a Constituição visou, é claro, foi atribuir ao Executivo Estadual, em

(3) Aurelino Leal, Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira, t. I, Rio de Janeiro, 1925, p. 9.
(4) Ob. cit., p. 267 e 268.

tal hipótese, a nomeação dos prefeitos. Se disse, ao invés de Executivo, Governador, a razão é simples: é que a Constituição Federal, nessa disposição, pressupôs a organização política do Estado modelada pelo presidencialismo federal. O Governador, supôs a Constituição Federal, é, no Estado, o que é o Presidente da República na União; e nesta, a exemplo dos Estados Unidos, "o Presidente é o SÓ possuidor de TODOS os poderes necessários à realização das funções executivas" (5).

À conclusão de que, em tais têrmos, o regime presidencial é prescrito ao Estado pela Constituição Federal, opõe-se, entretanto, o entendimento diverso, que predominou durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. A significação dos trabalhos preparatórios e dos materiais legislativos, para a interpretação constitucional, é, sem embargo, nenhuma, se o texto e a sua construção sistemática não lhes dão apoio. Carlos Maximiliano recorda, a propósito, que, "nos Estados Unidos, os tribunais aceitaram uma exegese consentânea com o texto, embora certo se tornasse que contrariavam a intenção evidente dos autores do código fundamental; êstes remediaram o mal inesperado com adotar sucinta e unânimemente a undécima emenda, que pôs têrmo à jurisprudência desoladora, porém certa" (6).

A INTERVENÇÃO NOS ESTADOS POR INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA UNIÃO

Valiosa, sôbre a matéria, é a lição de Herculano de Freitas, que Ernesto Leme oportunamente nos recorda: "O desrespeito aos princípios constitucionais da União, observa Herculano de Freitas (Revista dos Tribunais, 47/73), pode ser de fato e de direito. De fato, 'se o Estado embaraçar, por atos materiais, o exercício dêsses direitos'; de direito, 'se o Estado elaborar leis contrárias a essas disposições, negando em leis locais êsses direitos afirmados pela Constituição Federal'" (1).

Dois, conseqüentemente, são os meios, pelos quais a inobservância dos princípios constitucionais da União pode vir a manifestar-se: a lei, na qual se abrangerão a Constituição e as leis ordinárias estaduais; e o ato, em sentido material, isto é, a atividade concreta e individualizada do Estado, ou jurisdicional, ou administrativa. Hans Kelsen explica-nos o conteúdo da distinção: "Na função legislativa, o Estado estabelece regras gerais abstratas; na jurisdição e na administração, desenvolve uma atividade individualizada, desem-

(5) Jacques Lambert, Histoire Constitutionnele de l'Union Americaine, t. I, 1930, p. 233.
(5) Jacques Lambert, Histoire Constitutionnelle de l'Union Américaine, t. I, 1930, p. 233.
(1) E. Leme, A Intervenção Federal nos Estados, São Paulo, 1930, n.º 179, nota 212, p. 153.

penha tarefas concretas" (2). Deixemos de parte, porém, os atos jurisdicionais, embora êstes possam importar, também, inobservância dos princípios constitucionais da União: contra atos tais, a mesma Constituição oferece o remédio do recurso extraordinário, cabível, segundo o estatuto federal, "quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição" (art. 101, III, a).

Dois, correspondentemente, hão de ser os métodos de verificação da inobservância dos princípios constitucionais da União: "in abstracto", quando ela constar meramente de normas jurídicas, como a Constituição e as leis ordinárias estaduais; "in concreto", quando ela se manifestar por via de atos, em sentido material.

A verificação "in abstracto", supõe o exame da norma jurídica, enquanto norma jurídica, sem consideração dos efeitos que pode produzir ou, seja, das relações jurídicas que podem vir a estabelecer-se, modificar-se ou extinguir-se, pela sua execução. A verificação "in concreto", diversamente, supõe o exame dos efeitos do ato do Estado, na órbita das relações definidas e garantidas pela ordem jurídica.

Tendo como conteúdo uma norma ou proposição jurídica, a lei, constitucional ou ordinária, precisa ser executada para produzir efeito: antes disso, como Duguit sinala, "elle est une règle générale et abstraite par laquelle l'Etat n'entre pas en relation avec les autres personnalités" (3). Já, ao contrário, o ato, em sentido material, conceitua-se pelos seus efeitos, pela sua finalidade imediata, dirigida à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (art. 81, Cód. Civ.).

A determinação "in abstracto" da constitucionalidade de uma norma jurídica é, pois, meramente um problema de interpretação da Constituição e da norma, ao passo que a determinação "in concreto", face a uma relação jurídica, da constitucionalidade de um ato, em sentido material, é um problema de interpretação e de aplicação da Constituição.

A interpretação consiste em "determinar o sentido e o alcance das expressões do direito" (4); a aplicação, "no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada" (5). Esta última é, por excelência, função do Poder Judiciário que, em forma conclusiva e terminante, aplica o direito vigente aos casos concretos. Aquela, meramente uma técnica de investigação jurídica.

A aplicação do direito cabe na competência do Poder Judiciário e a interpretação precederá a aplicação da norma jurídica ao caso

(2) H. Kelsen, Teoria General del Estado, trad. de L. L. Lacambra, Madrí, 1934, § 33, p. 301.
(3) L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, t. III, Paris, 1930, § 86, p. 554.
(4) C. Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Pôrto Alegre, 1925, n.º 1, p. 5.
(5) C. Maximiliano, ob. cit., n.º 8, p. 11.

concreto. Mas a só interpretação "qua talis" exorbita da competência judiciária, ainda que se trate de matéria constitucional.

Rui Barbosa disse, excelentemente: "Os tribunais não discutem êsses assuntos "in abstracto", sôbre proposições gerais. Não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração. Sabe-se como em 1793 se baldou a tentativa de Washington, solicitando à Suprema Côrte um parecer. A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam" (6).

Ter-se-á a Constituição Federal apartado dêsses princípios, ao prescrever o que se dispõe no § único do artigo 8?

Aí se dispõe:

> 'No caso do n.º VII (inobservância dos princípios constitucionais da União), o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se êste a declarar, será decretada a intervenção'.

O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, nessa hipótese, não exorbita, entretanto, de sua função judicativa, tal a processualística a conceitua. Trata-se, aí, e claramente, de um prejulgado constitucional.

A nossa processualística assim caracteriza o prejulgado, no artigo 861 do Código de Processo Civil: "A requerimento de qualquer dos seus juízes, a Câmara ou turma julgadora poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas, sôbre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que, sôbre ela, ocorre ou poderá ocorrer divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas".

Pronunciamento semelhante, — prévio à aplicação do direito ao caso concreto, — é o que a Constituição comete ao Supremo Tribunal Federal na disposição do artigo 8, § único.

Tem êsse prejulgado, como o do direito processual, a finalidade evidente de solver "a priori" qualquer divergência possível de interpretação, entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, face à Constituição Federal. Essa divergência, contudo, sòmente poderá ocorrer, se, além de submetida ao juízo político, que a intervenção traduz, a mesma matéria vier a ser sujeita ao Poder Judiciário, como objeto de um litígio. Tal como o prejulgado do direito processual, o prejulgado constitucional supõe, portanto, um litígio, — uma aplicação do direito ao caso concreto, — à qual meramente antecipa a solução da questão de interpretação.

Pressuposto do prejulgado constitucional é, realmente, um ato, em sentido material, "argüido de inconstitucionalidade". E' o que

(6) Rui Barbosa, A Constituição e os Atos Inconstitucionais, Rio de Janeiro, 2.ª ed., s. d., p. 107.

o § único do artigo 8 claramente diz. "Ato" significará, nesse dispositivo, a operação, formal e materialmente tal, de qualquer dos três poderes do Estado, — do Legislativo, do Executivo e do Judiciário? O texto constitucional responde negativamente à pergunta. Aos atos jurisdicionais do Poder Judiciário, contrários às suas disposições, a Constituição refere-se, chamando-lhes "decisões" (art. 101, III, a) e oferecendo, de resto, contra êles, o remédio específico do recurso extraordinário, o que os exclui da compreensão do artigo 8, § único. De outra parte, a mesma Constituição, no artigo 101, III, c, indica, distinta e separadamente, como suscetíveis de oposição ao estatuto federal, a "lei ou ato do govêrno local". E ainda, no artigo 13, em complemento ao § único do artigo 8, formula explìcitamente a hipótese de que a suspensão da execução do ato argüido de inconstitucionalidade baste para o restabelecimento da normalidade no Estado, — o que, sem sombra de dúvida, não se pode referir a normas jurídicas "in abstracto". Na verdade, uma norma jurídica poderá conter, em si mesma, uma anormalidade; mas nunca poderá "in abstracto" gerar anormalidade social; nem, à sua vez, a anormalidade, acaso ínsita na norma, poderá desaparecer com a suspensão de sua execução.

Resulta, do que levamos dito, que o § único do artigo 8 não desnatura a função própria do Poder Judiciário. Cria-se, nesse dispositivo, a figura jurídica do prejulgado constitucional, restrita, porém, ao pressuposto de um ato, em sentido material, que, por inobservância dos princípios constitucionais da União, de um lado, imponha a providência política da intervenção e, de outro, pelos efeitos produzidos sôbre as relações jurídicas, que tenha afetado, possa vir a reclamar a atuação restauradora do Poder Judiciário. Sem êsse pressuposto, o § único do artigo 8 não pode ser invocado.

Quando se trate, pois, de norma jurídica "in abstracto", — da Constituição ou de leis ordinárias estaduais, ainda sem execução, — a intervenção federal ficará excluída, pôsto-que manifesta a inobservância dos princípios constitucionais da União?

A intervenção certamente não estará excluída nessa hipótese, mas a disposição que a regerá, será a do artigo 8, princípio:

> "A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos ns. VI e VII do artigo anterior".

Apenas, o § único do artigo 8 e o artigo 13 não lhe serão aplicáveis.

Essa solução, convém que acrescentemos, não é sòmente fruto da exegese. A própria doutrina qualifica como legislação, em sentido material, o pronunciamento "in abstracto" sôbre a conformidade, ou não, de uma norma jurídica com a Constituição. Assim Ernst Friesenhahn: Sie gehört in den Bereich der materiellen Staatsfunktion Gesetzgebung" (7).

A mesma solução caberá, também, analògicamente, nos casos puramente políticos, nos quais o ato, em sentido material, que acaso dê execução a norma jurídica do Estado, contrária aos princípios constitucionais da União, escapará, por sua natureza, à competência e ao conhecimento do Poder Judiciário (8).

Podemos, já a esta altura, assentar as nossas conclusões:

1. o § único do artigo 8 e a disposição complementar do artigo 13 sòmente são aplicáveis, quando se trate de ato, em sentido material, no qual se traduza a inobservância dos princípios constitucionais da União, e contanto que possa, concomitantemente, vir a ser sujeito, como objeto de litígio, à decisão do Poder Judiciário;

2. quando se trate de norma jurídica estadual, constitucional ou ordinária, a ser confrontada "in abstracto", com a Constituição Federal, ou quando se trate de caso puramente político, o pronunciamento sôbre a inconstitucionalidade competirá ao Poder Legislativo da União, que o formulará, implícita ou explìcitamente, ao decretar a intervenção (art. 8, princ.).

Alguns aspectos secundários, mas não despiciendos, das questões versadas merecem destaque, ainda.

Se, para o pronunciamento do Poder Judiciário, qualquer ato argüido de inconstitucionalidade pode oferecer matéria suficiente, tanto não acontece, face ao juízo político da intervenção.

A justificar a intervenção, é necessário que a inobservância dos princípios constitucionais da União se manifeste na atividade do Estado, de modo substancial, e não meramente acidental.

O ato, capaz de justificar a intervenção, há de ser, portanto, a execução de disposição da Constituição ou de lei ordinária estadual; e a sua significação política advir-lhe-á, precisamente, da generalidade e da permanência da Constituição ou da lei, de que êle fôr a concretização.

A generalidade e a permanência da Constituição ou da lei estadual configuram, diante da União, uma atitude fundamental do Estado; e no em que traduzirem a inobservância dos princípios constitucionais da União, uma secessão virtual da federação.

---

(7) E. Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, no Handbuch des Deutschen Staatsrechts, de G. Anschutz e R. Thoma, t. II, Tübingen, 1932, § 98, p. 526. Cf., quanto aos Estados Unidos, Charles Evans Hughes, La Suprema Corte de los Estados Unidos, Trad. de R. M. Pasquel e V. Herrero, México, s. d., p. 50 e 51.

(8) Cf. Rui Barbosa, ob. cit., p. 148 e 149.

De outra parte, ao aludirmos aos atos administrativos, a que o artigo 8 § único diz respeito, frisamos, sempre, que nos referíamos a atos, em sentido material.

Parece excusado acrescentar que o ato administrativo em sentido material, nem sempre é obra do Poder Executivo. Oreste Ranelletti oferece-nos, nesse particular, o ensinamento clássico: "dagli organi legislativi, sia singolarmente che colletivamente, quindi in questo secondo caso nella forma della legge, e dagli organi giudiziari, e da quelli administrativi, possono essere emanati atti amministrativi in senso materiale" (9).

(9) O. Ranelletti, Le guarentigie della giustizia nella publica amministrazione, Milano, 1937, n.º 23, p. 31.

UMA LIÇÃO DE RUI

Hernani Estrella

Há 36 anos, em pleito memorável, assim pela significação econômica, na época, como pela relevância jurídica das questões suscitadas e, ademais, pela autoridade inconteste do patrono da parte autora, o consagrado comercialista pátrio, José Xavier Carvalho de Mendonça, — Rui, atuando como advogado dos réus, deu inesquecível lição sôbre palpitante e ainda hoje controvertido tema de direito comercial.

No impresso em que inseriu as notáveis razões de defesa de seus constituintes, e mercê das quais logrou vitória retumbante e definitiva, perante o Supremo Tribunal Federal, o insigne advogado condensou tôdas as questões ventiladas na demanda debaixo do título pelo qual, a partir de então, êsse trabalho tornou-se conhecido e justamente admirado (1).

Antes dêle, como ainda agora, ninguém, entre nós, abordou, por forma tão exaustiva, documentada e convincente os problemas em causa. Se, pela finalidade, pelas injunções da ocorrência e pelos deveres do ofício, o escritor soberbo não se comportou como vero monografista, que, votado à meditação e à construção teórica, se propusesse a expor, em face de princípios e de escolas doutrinárias, um tema jurídico predeterminado, nem por isso deixou de alçar-se às regiões do pensamento, de onde brotaram cintilantes reflexões. Pôsto que impelido ao exame dos fatos, nem por isso o grande jurisconsulto deu menor atenção ao deslinde das teses de direito, enunciadas uma por uma, e submetidas tôdas a percuciente análise através dos ensinamentos dos especialistas estrangeiros, da jurisprudência dos países mais evoluídos e do espírito do nosso direito.

Servindo-se, em primeira mão, de tão copioso material científico, Rui, como era de seu feitio e formação intelectual, lançou sólidas premissas e delas extraiu conclusões irrespondíveis. Daí por que muitos são os assertos que encerram verdades gerais, confrontadas e confirmadas por estudos muito posteriores.

(1) Como se sabe, o trabalho de Rui Barbosa foi publicado, pela vez primeira, em 1913, com o título: "As cessões de Clientela e a interdição de concorrência nas Alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais".

Dentre tantos, que seria difícil enumerar, basta lembrar alguns que mais de perto dizem respeito ao objeto próprio desta memória. Queremos referir-nos à doutrina, então corrente e ainda hoje seguida por muitos autores, consoante a qual a proibição implícita do alienante de estabelecimento comercial restabelecer-se teria como fundamento a garantia pela evicção. Essa doutrina, como se vê, parte do pressuposto de ser a clientela uma coisa, a cuja proteção seria possível estender-se dita garantia.

Corrigindo semelhante opinião, Rui evidenciou que o fundamento da tutela legal era outro e bem diverso. A interdição de restabelecer-se, em que ficasse o alienante, não poderia justificar-se pela só consideração de estar a clientela subentendida na venda. Aquela conseqüência, envolvendo renúncia de direito, haveria de resultar, ainda que implìcitamente, dos têrmos da convenção e, ademais, coartar-se a certo tempo e lugar.

Todavia, no perquirir a intenção dos contraentes, para inferir até onde teriam ido no concêrto da cláusula interditória de concorrência, não se devia perder de vista a diversa extensão que assume a idéia de clientela, segundo a diversa natureza do estabelecimento. Daqui convir averiguar, prèviamente, se a freguesia é atraída pelo local da casa de negócio ou pelas aptidões pessoais de seu titular, ou se é, ao revés, captada e fixada pela ação de outros fatôres de maior extensão. Assim, impõe-se fazer uma preliminar distinção entre "produtos e serviços que vão ao consumidor e produtos e serviços que o consumidor vai buscar em determinado lugar; por exemplo, o serviço hoteleiro é, pela sua própria natureza, um serviço que o consumidor vai buscar no local" (2).

A primeira hipótese compreenderia, preferentemente, o estabelecimento industrial, em que a especulação está na laboração do produto lançado no mercado, e o comércio em grosso, em que as mercadorias vão ao revendedor, seja por solicitação direta dêste, seja por obra dos agentes de negócio, localizados nas diversas praças ou itinerantes. A segunda hipótese, ao contrário, abrangeria todos os casos similares ao figurado por ASCARELLI, nos quais a clientela se liga predominantemente ao local em que se situa o estabelecimento.

Dentro dessa ordem de considerações, apoiadas por abundantes exemplos doutrinários e jurisprudenciais, colhidos nos expositores mais categorizados e nos repertórios de arestos de melhor quilate, Rui advertia do perigo de equiparar, quanto aos efeitos da proteção legal dispensada à clientela, o estabelecimento comercial ao industrial. É que, dizia êle, no primeiro a clientelá se confina num território demarcado, pela vizinhança ou proximidade do negócio; no

(2) ASCARELLI — Panorama do Direito Comercial.

segundo, ao revés, a freguesia esparrama-se por todo mercado, onde quer que vá ter o produto, por cuja excelência ou reputação decide-se a preferência do consumidor. Daí não ser a clientela, pròpriamente, o objeto típico da proteção conferida ao estabelecimento, mas sim aquêle meio mais apto, (numa hipótese dada, segundo a natureza peculiar da exploração), para captá-la e fixá-la (3).

Assim, se para uma casa de comércio a varejo, notadamente loja, restaurante, bar, café, etc., o local é fator decisivo para atrair, manter e difundir a freguesia, já o mesmo não sucederia, relativamente a estabelecimento de comércio por maior ou de indústria.

Para os primeiros, o local assumiria, talvez, decisiva importância, por forma tal que se o cedente do negócio viesse a restabelecer-se nas adjacências poderia desfalcá-lo de boa parte dos elementos, em contemplação dos quais o cessionário foi induzido a pagar o preço exigido pelo transmitente. Para os segundos, a situação, de si só, não teria maior significação, porque as relações de suprimento entre a emprêsa e a corrente de seus fregueses tem por conduto ou a firma do comerciante, ou a marca de comércio ou indústria. A preferência assentará, num caso, na idoneidade, métodos de trabalho, forma de concessão de crédito, por parte de determinado negociante; noutro, no sinal distintivo, apôsto ao produto, e que exprime, para o consumidor, a garantia de autenticidade do artigo de sua escolha.

Na firma ou na marca de fábrica ou comércio, tem o comerciante atacadista ou o industrial o penhor jurídico de garantia de sua reputação e, por via dêle, da clientela que lhes traz a prosperidade econômica. Por isso, a sede ou local do estabelecimento só mui secundàriamente pode influir sôbre ela.

Êsses ensinamentos, que se colhem no trabalho de Rui, a que nos estamos referindo (4), merecem ser relembrados por sua autoridade e atual prestância. É que, não só em face de hipótese de transferência de estabelecimentos comerciais e industriais, senão também nos casos de prorrogação compulsória de locações para comércio ou indústria, muito importa não olvidar êsses ensinamentos.

Como se sabe, o direito brasileiro, inspirando-se na lição do francês, veio admitir, nas condições que especifica, a renovação coativa das locações de prédios destinados pelo locatário ao comércio ou à indústria (5).

A aplicação dessa lei veio suscitar várias questões, sobretudo no concernente à extensão da tutela legal, máxime pela indevida equiparação do fundo de indústria ao fundo de comércio. É que,

(3) Como argutamente notou ASCARELLI, um direito que tivesse por objeto, diretamente, a clientela, constrastaria, afinal, com a própria liberdade de concorrência (Obr. cit.).
(4) Cessões de Clientela.
(5) Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934.

não poucas vêzes, tem-se pretendido a conservação do local, sob o fundamento de ser êste imprescindível à mantença da clientela. Atenta à generalidade do preceito, alusivo "a uso comercial ou industrial" (6), entendeu-se ser êle aplicável, indistintamente e em tôda plenitude, a qualquer espécie de arrendamento, desde que comerciante ou industrial seja o locatário.

A tais excessos tem conduzido semelhante interpretação, que, num caso referido pelo ministro GOULART DE OLIVEIRA (7), pleiteava o inquilino a renovação de arrendamento de local na Praça da República, na Capital Federal, ocupado por uma refinaria de açúcar...

Para que melhor se aprecie o despropósito a que leva a apressada leitura da lei, sem perquirir-lhe o alcance, segundo os ensinamentos já para aqui extratados do trabalho do insuperável Rui, transcrevem-se os comentários de GOULART DE OLIVEIRA (8): "Essa particularidade não impediu que o patrono do interessado na prorrogação falasse no locupletamento da jatura alheia, pretendido pelo proprietário do prédio, valorizado pela exploração industrial, com prejuízo do locatário, que assim perderia os reais valores, clientela adquirida com as suas virtudes pessoais, e até da *achalandage*, atraída, quem sabe, pelo enxame de môscas ou pelo cheiro de querosene empregado no clareamento do produto".

Noutra hipótese, em que fomos chamados a opinar, o senhorio fôra condenado, juntamente com o novo inquilino, a ressarcir os prejuízos da perda (?), da clientela do antigo locatário, porque êste, que era industrial, não conseguiu ver prorrogado o contrato, em razão de melhor oferta por parte do novo pretendente.

Debalde tentou o esforçado patrono do réu fazer sentir ao juiz que a garantia da clientela, no caso, não se ligava ao local, mas sim à reputação ou fama do produto, de que aquela seria efeito. De onde quer, pois, que o industrial o lançasse no mercado, o colocaria, se ainda desfrutasse a preferência do freguês.

Para o honrado juiz, porém, de nada valeu semelhante argumentação. A seu ver, a lei não autorizava a distinção pretendida, pelo que haveria de ser aplicada na sua literal preceituação. Pois não dizia ela que a renovação dos contratos de arrendamento do prédio, urbano ou rústico, destinado pelo locatário a uso comercial ou industrial, será sempre feita na conformidade de suas disposições? Pois não estava escrito, no art. 20, que o inquilino, que, por motivo de condições melhores, não puder renovar o contrato de locação, terá direito a uma indenização, para ressarcimento dos encargos de mudança, perda do lugar do comércio ou indústria? Tanto bastou ao digno magistrado, para impor ao proprietário pesada indenização.

(6) Decreto cit. art. 1.º.
(7) Renovação de Contrato, vol. I, n.º 146.
(8) Obr. cit., n.º 146.

Exemplos dêsses fazem pensar na sabedoria que encerra o brocardo: *sumum jus summa injuria...*

Aqui está por que vale a pena recordar a magistral lição do maior advogado brasileiro, aquêle que pela vez primeira, entre nós, se defrontou, com tais problemas, sôbre êles versou esplêndidamente e lhes deu exata solução.

DISCURSO DO PARANINFO

Edgar Luiz Schneider

Discurso proferido na solenidade de colação de grau dos bacharelandos, realizada no Salão Nobre da Fac. de Dir. em 22 de março de 1949.

"Mais alta dentre as festas acadêmicas, a conferição do grau que recebeis, ao cabo de vossos estudos, não ocasiona apenas transportes de júbilo, senão que acoroçoa e justifica, sob as franquias da experiência e da ponderação, um enaltecimento à carreira que encetais, em plena vigília de projetos e de esperanças.

Afora as virtudes, que trazeis de berço, eis que esplendem, nas primazias da exaltação generosa, os auspícios que vos sorriram, através do curso universitário, ao fulgor da tradição e pela seqüência de ensinamentos duradouros.

A VELHA FACULDADE

São de encantamento e de orgulho, por certo, as impressões que dominam quantos remontam ao alvorecer da nossa Faculdade, acompanhando e surpreendendo, em meio-século de total devotamento ao ensino jurídico, a sua ascensão e os seus triunfos.

Modesta e afanosa, nas suas origens, logrou subsistir e frutificar, porque acudia a um imperativo da época e tinha por si a fulguração e a intrepidez de nobres paladinos.

Servida dessa vanguarda, que dava lustre e vigor aos anseios comuns, a campanha prosseguiu e se enriqueceu, graças ao estuário aberto ao entusiasmo e à cooperação de todos os espíritos, entre os quais sobressaía a paixão da justiça e da liberdade.

Animadores e depositários, que se faziam da consciência militante, é sabido que os idealizadores dêste instituto de ensino, sensíveis à sua voz interior, nunca recuaram de sacrifícios, contanto que abreviassem e fortalecessem a consecução da grandiosa iniciativa.

Fora do patrocínio oficial, visto que repousava inteiramente sôbre os recursos obtidos e afiançados pelos seus fundadores, a Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, desvelada nos misteres escolares, muito cedo volvia à edificação da própria sede, que se destaca, ainda hoje, entre os mais belos exemplares do estilo renascença da metrópole rio-grandense.

Quase não se pode, nessa diligência portentosa, distinguir entre

a convicção, que perseverava e o esfôrço, que construía, pois em ambos havia uma predestinação superior, cujo sentido estêve presente às várias gerações, ao longo do ciclo acadêmico, transmitindo a tôdas um sadio idealismo.

Partícipes que sois dêsse legado, não estranheis que o exalce, pondo em relêvo, numa evocação fugaz, os seus artífices, que o foram pela consagração ao magistério e persistem entre as recordações mais caras pela personificação da dignidade e desinterêsse.

Mestres que souberam fazer da cátedra, engrandecendo-a e aureolando-a, um apostolado constante e fecundo, é inquestionável que ao influxo de suas lições, repassadas da sabedoria sem meandros, muitas foram as controvérsias, que se dirimiram e não poucos os princípios que se renovaram.

Entretanto, nessa faina magistral, que se desatou em lavores peregrinos, não ganharam apenas as idéias, sutilizadas pelo debate e pela reflexão, senão que maior conquista realizou, ao contato do professor e atenta às suas preleções, a própria mocidade estudiosa.

SUGESTIVA COINCIDÊNCIA

Renovando a crédito da Faculdade, como o fizeram as anteriores, os benefícios que receberam, a atual turma de bacharéis completa a sua jornada às vésperas do cinqüentenário da fundação da escola, que cursaram.

Nessa ocorrência feliz, são múltiplas e variadas as reflexões que acodem ao espírito, tendo à vista a gloriosa rotação do instituto universitário, que não cessou nunca de aumentar a sua prole, em cujo seio sobressaíram tantos e prestimosos expoentes da advocacia e da magistratura, da administração e do Parlamento.

Tanto mais de realçar a coincidência, quanto é certo que a presente colação de grau, fiel como as demais a seu conteúdo espiritual, assume uma feição mais solene, desde que a prestação do juramento se efetua dentro do rigor pragmático, que as vestes talares conferem.

Acrescida embora a sua majestade, é preciso advertir que a consumação desta cerimônia, imponente e sugestiva, não esgota a própria finalidade, pois não consiste só em celebrar uma tarefa terminada, senão ainda em augurar uma faina, áspera e grave, que apenas principia.

Entretanto, nunca houve talvez uma geração que, à semelhança da vossa, meus jovens afilhados, defrontasse um mundo mais revôlto e menos oscilante, nos seus fundamentos e nas suas tendências.

Resultou isso do fervor sectário que, ao serviço da negação de essenciais prerrogativas humanas, bafejaram e difundiram os regimes de fôrça, responsáveis pela guerra e sobretudo pela inquietação que, pior ainda, atormenta e desespera os povos civilizados.

ANSEIOS QUE AVULTAM

Ora, cultores que sois do direito, não podereis subtrair-vos, mercê da própria vocação, às angústias do século, que desafiam e reclamam, numa crescente dramaticidade, soluções corajosas e duradouras.

Nos dias atuais, os homens não cuidam apenas resguardar a inviolabilidade pessoal, senão que reivindicam, como primordiais, os direitos à liberdade e ao bem-estar.

E' pacífica a convicção que a universalização dêsses princípios, à guisa de mandamentos de observância invariável, seria o esteio vivo da segurança e a maior garantia da paz mundial.

Mas, embora convirjam, nessa direção, tôdas as aspirações, as quais também se incorporam nos programas partidários e aparecem nas plataformas oficiais, é fora de dúvida que ainda longe estão de objetivar-se, em proporção sequer razoável, nas práticas habituais de govêrno.

Não custa a explicar, todavia, as razões do contraste que frisa as incongruências da atualidade política, em cujo cenário se assinala um divórcio entre as ideologias militantes e as providências em voga, menos pela impossibilidade de realização que pelo caráter contraditório e inconseqüente das medidas adotadas.

E' o que salienta Georges Rippert ao exprimir que "tôda revolução social deve ser ao mesmo tempo uma revolução jurídica, sem o que ela não será senão vã desordem política".

Foi o que aconteceu aos sistemas totalitários, pois menos que a instauração da justiça social, objeto da propaganda sectária, eis que a lógica do govêrno consistiu em fazer da discriminação e do arbítrio, dentro do misticismo reinante, os meios comuns do Estado.

ECONOMIA AUTORITÁRIA

Inteiramente fora do âmbito democrático, que não comporta a negação do direito, a intervenção oficial, nas diferentes atividades individuais, contraiu uma feição tìpicamente autoritária.

Visando a conjurar, ou a resolver as crises, sob o pretexto de acautelar o bem comum, que merece defendido, ao invés de as dirimir, muito ao contrário só as exasperou e desenvolveu, mercê da burocracia esterilizante e avassaladora.

Responsáveis pelo surpreendente desenlace, é evidente que haviam de mostrar-se, pertinazes e conjugados, o dirigismo e a planificação, arvorados em molas reais da engrenagem oficial.

Sem excluir as limitações impostas pelo interêsse público, recusadas ou talvez mal-entendidas pelo liberalismo, não há duvidar que a nova mística, propícia à índole cesárea de seus artífices, toma a si o comando geral da vida social e econômica, segundo um plano preconcebido e cuja execução é confiada aos agentes do Estado, fora de todos os quadros do equilíbrio natural.

Centro de gravitação da economia dirigida, o planejamento encerra a fonte de milagres, mediante os quais cuidam seus pregoeiros resolver as múltiplas incógnitas econômicas e, sem embargo dessa crença, as decepções se sucedem e acumulam, varrendo os demais planos do campo considerado, onde só domina a planificação governamental, que constitui porisso mesmo e a juízo do professor Hayek, a negação de tôda a liberdade.

Ganglionando-se em diferentes setores, com ou sem a ação planejadora, a política dirigida abraça e submete ao próprio império a economia inteira da produção e da troca, tendo de permeio a moeda e o crédito, sem nunca atender senão agravar as instâncias do consumidor, através de promessas malogradas.

Estão muito vivas, entre os observadores mundiais, as conseqüências do dirigismo nos países que o adotaram como remédio para todos os males, que paradoxalmente subsistiram, acrescidos pelo espírito de opressão, de intolerância e de guerra.

Mas, os malefícios do sistema, entre os quais assoma, em realce estarrecedor, o nacionalismo aduaneiro, repercutem perturbadoramente nas esferas internacionais.

E' interessante observar que, em plena voga da economia dirigida, o que se verifica é a fome justamente quando abundam os alimentos e, ao invés de enviá-los aonde faltam, é a sua destruição que as elites dirigentes aconselham e propugnam.

A medida preconizada é a do maltusianismo econômico, que consiste em indenizar ao produtor as sobras do café lançado ao mar, matar os carneiros da Austrália por valerem menos que a própria forragem, queimar o trigo em superprodução.

A REAÇÃO DA EXPERIÊNCIA

Foi a evidência de tantos fatos, que perduram à face da terra, não obstante as experiências recentes, a razão maior por que alguns congressos internacionais, questionados acêrca da inquietação generalizada, enveredaram francamente pelo combate ao regime dominante, optando pela liberdade do comércio e da indústria.

Primeira dentre as conferências interamericanas, que se manifestou, a êsse respeito, a do México acentuou a precisão de "preservar e robustecer a liberdade de ação no terreno econômico", não destoando do asserto as reuniões subseqüentes, inclusive a de Chicago, última e mais importante de tôdas.

Evidentemente, ninguém deixará de admitir, nesse campo de atividades, a interferência do Estado, contanto que obedeça a um

imperativo social, como seja principalmente de obstar ou reprimir os desmandos da especulação ilícita, mediante a correção de abusos e a tutela do bem coletivo.

Contudo, só onde a ação particular estiver ausente, fôr molesta ou sem eficiência, caberá a intervenção oficial, devendo sempre aspirar, menos ao predomínio, ou à duração indefinida, que ao propósito de coordenar, assistir e fortalecer as ocupações nas mãos daqueles que melhor possam servir ao interêsse geral.

Se salvar a liberdade contra tôdas as fôrças que a ameaçam é, a juízo de Francisco Nitti, "o maior problema da nossa civilização", não deve ela sofrer senão as limitações ditadas pelo bem comum, entendido como a linha de sobrevivência, nas lutas da competição social e econômica.

Mas, em qualquer caso, a ingerência do executivo deverá ocorrer dentro da adequada ordenação legal, sem que aos responsáveis seja possível extra-limitar-se nas suas funções, antes perturbando que atendendo os interêsses vitais da coletividade.

E' conhecida a variedade e a extrema abundância de órgãos burocráticos de direção e de contrôle, uns justificáveis e outros escusados, que emergiram do estado de guerra.

Terminada a conflagração mundial, que os ditara, a extinção de todos, segundo as melhores razões, seria uma decorrência insuscetível de controvérsia.

A despeito disso, a maioria dêsses organismos continua de pé, sem nenhuma utilidade aparente, tanto que não desapareceram os problemas, cuja solução poderia ainda esclarecer, sem justificar a sua existência.

DENTRO DA LEGALIDADE

Manifesta e real é, portanto, a necessidade de reconduzir os quadros da economia ao regime da legalidade, e, dentro dela, encarar e resolver as questões ocorrentes, nas quais se consubstanciem os imperiosos reclamos da comunhão social.

Instaurada uma ordem jurídica, capaz de assegurar um esfôrço harmônico e combinado do capital e do trabalho, maior será o rendimento de ambos, que as excessivas e inconvenientes intervenções do Estado sobremodo entorpeceram e reduziram.

Dessarte, não serão apenas prevenidos os conflitos, senão ainda elevados os níveis de vida, dentro do sistema de cooperação e iniciativa privada, que se impõe, nos dias em curso, como uma verdadeira luta a favor da liberdade e do progresso.

E' de convir, realmente, que a livre emprêsa oferece a todos os homens, como unidades de trabalho e de consumo, iguais oportunidades e retribuição proporcional.

Suficiente será atentar nos resultados que aos Estados Unidos advieram da "free enterprise", em cuja prática, assentada sôbre a faculdade de investir, de aperfeiçoar e de dispor, sem detrimento do bem-estar geral, avultaram a emulação, a eficiência e a segurança.

LIBERDADE E JUSTIÇA

Não se esqueça, em nosso país, que ainda se mostra saudoso de suas lições, a palavra oracular de Rui Barbosa, quando asseverava convictamente que, "fora da liberdade, não sonhe ninguém a verdadeira prosperidade, material ou intelectual".

Evidentemente, "a liberdade organizada pela justiça", que Clóvis Beviláqua, em memorável saudação a Pedro Lessa, considerava "a expansão normal de cada indivíduo ou agrupamento de indivíduos, tão ampla e tão intensa quanto fôr possível, sem perturbação da atividade lícita dos outros, e sem oposição aos interêsses vitais da sociedade".

Não se poderiam talvez reunir, em síntese mais perfeita, quanto o fêz o pranteado autor do Código Civil, os aspectos centrais da solução que reclama o problema social, pôsto em têrmos jurídicos.

Mas, a simplicidade aparente das fórmulas, não exclui porque implica, muitas vêzes, a sua complexidade real, que sempre a defrontou entre nós, a formação econômica do país.

E' sabido que a lenta evolução da colônia teve, como seus fatôres decisivos, a escravidão e o direcionismo oficial, fértil em monopólios e em proibições, que se implantaram e mantiveram ao arrepio das condições naturais tôdas favoráveis ao surto ascensional de suas fôrças vivas.

SENTIDO DA INDEPENDÊNCIA

A geração da independência não se deixou apenas fascinar pela autonomia política, pois seus batalhadores se moviam, sobretudo, pelo desejo de estabelecer a liberdade, como ambiente imprescindível à exploração útil das riquezas, que estagnavam sob os influxos do mercantilismo da metrópole.

Nas primeiras medidas adotadas pela Nação que surgia, como a abertura dos portos e a supressão do regime colonial, ficara evidenciada a orientação superior, que seus fundadores sufragaram, tendo em mira acelerar o ritmo às energias criadoras.

Quanto se realizou de fecundo e de útil, ao longo do Império, nos arraiais da economia nacional, retratou-se nos índices de progresso e bem-estar, que maiores ainda o seriam, não fôra a permanência do braço escravo, retardatário e minguado nos seus efeitos.

Nascido embora sem a mácula da escravidão, abolida que fôra ano e meio antes de proclamado, o regime republicano tinha, a seu favor, um clima propício às mais auspiciosas iniciativas, muitas den-

tre as quais lograram a fortuna de enraizar-se e florescer, dando ao país um aspecto geral de confôrto e prosperidade.

Contudo, não tardou que a intervenção do Estado, condenada vivamente pelo Congresso de Taubaté, viesse a exercer-se sôbre a rubiácea paulista, empolgada pelas miragens da valorização.

Tanto bastou para que outras plantações fôssem abandonadas e substituídas pelo café, que assentou a sua supremacia, em razão do protecionismo oficial, cuja influência perturbou, profunda e duradouramente, a estrutura nacional da produção e da troca.

OS MALEFÍCIOS DA INTERVENÇÃO

Disso convence a observação peremptória de J. E. Normano, professor da Universidade de Harvard, ao afirmar que o "caráter monocultor da economia brasileira tornou o país escravo dos preços mundiais", ao mesmo passo que a defesa governamental de seus produtos "prejudicou a seleção natural e o progresso técnico".

Entretanto, a segunda conflagração superou a primeira nos seus reflexos sôbre as nossas atividades econômicas, nas quais o govêrno interferiu, larga e diuturnamente, por via de providências que espelhavam os objetivos mais diversos e contraíam as formas mais diferentes.

Ainda não houve, ao que conste, um ramo da administração pública, tão fértil em promessas e tão perdulário em decepções, ao ponto de convergir sôbre si, em permanente contenção de espírito, as amargas críticas da Nação inteira.

Entre os múltiplos organismos, que apareceram, bastaria nomear os encarregados de vigiar e de regular a produção e o comércio, racionando consumos, fixando preços, concedendo licenças, baixando proibições, promovendo inquéritos, distribuindo estoques, punindo infratores, sem falar nos institutos que avocam a si, mercê de autoridade sem contraste, a preordenação econômica de certos artigos, entre os quais avultam o açúcar, o álcool, o sal, o pinho, o arroz, o vinho, o mate.

Quase não há produto que, entre nós, não esteja adstrito às comissões especiais, ou enquadrado nos fins de alguma entidade, portadora de autonomia conferida pelo poder público.

Um exame sumário persuade do excesso de órgãos entre cujas mãos se dirigem e manipulam os interêsses da produção e do consumo, como se o país estivesse em plena economia de guerra, ou não pudesse subsistir sem a tutela do Estado, exercida através de delegados seus, investidos de puro arbítrio.

BARREIRA AO ARBÍTRIO

Ora, a ingerência oficial, nesses domínios, não mais se concebe e menos ainda se admite depois da queda do regime discricionário

e ante os têrmos da constituição de 18 de setembro de 1946 que assenta a ordem econômica sôbre os princípios de justiça social, mediante prévia conciliação da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho humano, como base da nossa democracia renascente.

Dessarte não será lícito ao Estado intervir, ou monopolizar indústria ou atividade, a menos que o interêsse público o exija e sejam respeitados os direitos fundamentais do cidadão, antecedendo sempre lei especial.

Afora o mérito duvidoso de muitas iniciativas oficiais, que não surtiram os efeitos anunciados, mister é convir que, entre elas, não são poucas que infringem a constituição vigente, assim pelos textos nos quais se baseiam, como pelas ações nas quais persistem, uns e outras só explicáveis em sistema ditatorial.

Portanto, a revisão da legislação extravagante e a subordinação da administração e do govêrno, nas suas funções normais, ao primado do direito, é a cruzada mais alta que, nesta hora incerta, se abre ao concurso fecundo de seus nobres cultores.

Estabelecido que foi, em nosso país, um regime democrático, não há hesitar em fazer dêle, nas circunstâncias mais diversas, objeto de respeito e intransigente observância, a bem da ordem e prosperidade comuns.

A DEMOCRACIA REAL

Mas, no Brasil é evidente que, fiel à sua vocação, só deve e pode interessar, consoante as palavras do gênio da Haia, "uma democracia, educada no direito, adstrita à legalidade e subordinada à justiça".

Foi a sua instituição e, sem dúvida, a contemplação da própria realidade, que levou os jovens bacharéis, sagrados neste ato, à adoção do lema — "jure ordineque civem libertas gerit".

Com efeito, só a liberdade emergente da ordem jurídica é que produz o cidadão, como titular de direitos e credor de bem-estar, convivendo e trabalhando entre seus semelhantes, sem privilégios e sem atritos.

A missão que, dessarte toma a si, em pleno surto renovador do Brasil, a presente geração de soldados do direito, entre os quais recresce e se alonga, nesta solenidade magnífica, o entusiasmo e a generosa confiança de tantos batalhadores, é alguma coisa de grandioso e de venerável.

Deveis ter, pois, presente ao espírito, meus jovens colegas, que a obra do jurista, na frase de laureado professor da Faculdade de Paris, "é a única que fica quando o tumulto das revoluções se abranda e desvanece".

E' a tarefa, que vos aguarda e o destino superior, que vos almejo".

JOAQUIM NABUCO

Armando Dias de Azevedo

Conferência pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, a 19 de agôsto de 1949.

Convidado recentemente pelo nosso querido e ilustre diretor para falar na comemoração do centenário do nascimento de Joaquim Nabuco, que hoje transcorre, não me permitiu a escassez de tempo produzisse trabalho digno de ser ouvido pelos corpos docente e discente de nossa Faculdade, que — estou certo — me relevarão o desaprumo, o desalinho, o mau acabamento desta palestra sôbre a figura ímpar do grande brasileiro, para mim, tão cativante, desde minha adolescência, constante ledor de sua obra que sempre fui.

E se me permitis que deixe perpassar uma reminiscência pessoal, dir-vos-ei que *Minha formação* eu a li, meditei e assinalei em dezembro de 1912 ou janeiro de 1913, nas minhas últimas férias do curso de humanidades, antes de ingressar nesta querida Faculdade de Direito, pouco antes de completar 16 anos de idade. Foi essa a primeira obra de Nabuco que conheci e que literalmente me empolgou, a ponto de, num caderninho, que faz pouco encontrei, ter, então, anotado as passagens que mais impressão em mim deixaram.

Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo nasceu na cidade do Recife, às 8 1/2 horas da manhã de 19 de agôsto de 1849, penúltimo dos cinco filhos do baiano Conselheiro José Tomaz Nabuco de Araújo e de sua espôsa, a pernambucana D. Ana Benigna Sá Barreto, sobrinha do morgado do Cabo, daquela ilustre progênie dos Paes Barreto.

Não menos conspícua era sua linhagem paterna, pois eram senadores do Império não só seu pai, como seu avô, também de nome José Tomaz, e seu tio-bisavô, José Joaquim, barão de Itapuã, senador pelo Pará e que fôra membro da Constituinte dissolvida em 1823.

Joaquim Nabuco não se contentou em ser filho de papai, mero herdeiro de glórias avoengas, mas revelou seu valor próprio em multíplices facêtas.

Orador, escritor, jornalista, poeta, pensador, homem de sociedade, chefe de família, apóstolo duma causa sublime, historiador,

político, estadista, patriota, advogado, diplomata — tudo isso foi Joaquim Nabuco.

No versar sua individualidade, o difícil é escolher um aspecto para tratá-lo a fundo. Neste ligeiro colóquio procurarei aflorar cada um dos ângulos dessa insigne personalidade.

Orador — Nabuco o foi brilhante, entusiasta, imaginoso, elegante, escorreito, apaixonado, majestoso, em sua apolínea atitude.

Afonso Celso diz dêle que "a voz estridulava como um clarim; dominava os rumores; cortava penetrante e poderosa as interrupções" (1).

A causa sagrada da abolição, a que devotara sua vida, vinha ainda dar mais calor à sua natural eloqüência, que o fazia um dos maiores oradores do parlamento brasileiro, naquela época brilhante, em que floresciam tribunos como Afonso Celso, Ferreira Viana, Rui Barbosa, Andrade Figueira, Gomes de Castro, Pereira da Silva, José Mariano, César Zama, os dois Martim Francisco, o padre João Manuel, Coelho Rodrigues, Felício dos Santos e tantas outras figuras de primeira grandeza daquela plêiade notável que enobrecia a representação nacional nos últimos anos do segundo reinado.

Nabuco, porém, não foi apenas o orador político. Como conferencista, versou temas de literatura e de história. São modelos dêsse gênero sua conferência literária sôbre Camões e sua conferência histórica do centenário de Anchieta.

Escritor e jornalista — Nabuco o foi primoroso. E' conhecida sua afirmativa de ser sua frase em vernáculo tradução livre do francês, dada a formação literária francesa que teve pela leitura devoradora da produção das letras gaulesas. O fato é que, como disse não me recordo que escritor patrício, Nabuco falava e escrevia maravilhosamente em português e em inglês, mas ainda melhor em francês.

Seu estilo, em qualquer dessas três línguas, é maravilhoso, encantador. Naturalidade, simplicidade, elegância, clareza *(clarté bien française)* — são seus característicos.

Nabuco, na maturidade, em 1906, publicou em Paris o livro *Penseées détachées et souvenirs,* obra recebida com unânimes encômios pela severa crítica francesa.

Emile Faguet, que não era de fáceis louvaminhas, começou assim seu estudo crítico:

"Joaquim *(sic)* Nabuco — évidemment un pseudonyme — est un homme qui doit approcher de la soixantaine, qui a eu une très forte éducation franco-anglaise, qui a été fortement ému pour un temps par Chateaubriand, par Shelley et par Renan, pour toujours par la Bible; qui n'ignore, du reste, ni la philosophie allemande ni Auguste Comte, qui a passé une partie de sa vie probablement dans

(1) AFONSO CELSO, *Oito anos de parlamento,* pág. 151.

les fonctions diplomatiques au Brésil, qui a moins écrit que lu et moins lu que réfléchi, qui s'est fait ainsi une très forte originalité d'esprit, où il entre un peu de bizarrerie, et qui aime à écrire des *pensées détachées,* à la manière de Nietzsche, plutôt que des livres composés.

"Voilà ce qu'à travers le volume qu'il nous envoie, je lémêle de la personnalité de Nabuco" (2).

O agudo crítico francês acertou em muita cousa: Nabuco tinha, então, 57 anos, tivera educação literária francesa e educação política inglêsa, sofrera influência de Chateaubriand, de Shelley, e, principalmente, de Renan. Errou, porém, no principal, levado, aliás, pela pureza da linguagem francesa de Nabuco: êste não era diplomata francês que estivera no Brasil, mas era, então, o grande embaixador brasileiro em Washington, que já servira em Londres e em Roma, e que de *pensamentos soltos* só publicara aquêle volume, mas que era autor de uma dúzia ou mais de obras de excepcional valor, tendo tido agitada vida política no fim do século passado.

Nabuco foi um dos fundadores da Academia Brasileira, pela qual sempre se interessou, mesmo quando no estrangeiro, como o atesta sua correspondência assídua a respeito dela com Machado de Assis e Graça Aranha.

Os escritos de Nabuco, além do estilo primoroso, se distinguem pela profundeza de conceitos, pela elevação de sentimentos e pela superioridade de critério.

As idéias sociais, que, ainda moço, durante a cruzada abolicionista, sustentou, são bem adiantadas.

Em 1884, em discurso parlamentar, afirmava que "as reformas de que imediatamente necessitamos são reformas sociais que levantem o nível do nosso povo, que o forcem ao trabalho e dêem em resultado o bem-estar e a independência que ainda não existem e de que nenhum govêrno ainda cogitou para a nação brasileira", e acrescentava: "Eis a razão pela qual abandonei no parlamento a atitude pròpriamente política para tomar a atitude do reformador social. Foi porque também eu me desenganei das reformas políticas" (3).

Dava Nabuco ao trabalho o devido valor na produção, como se vê dêste trecho dum discurso, dirigindo-se aos operários:

"Êles (os ricos) representam a riqueza acumulada, vós representais o trabalho, e as sociedades não vivem pela riqueza acumulada, vivem pelo trabalho" (4).

De outra feita, falando também a trabalhadores, exclamou:

"...se eu tivesse de escolher uma classe com a qual devesse identificar a minha candidatura, não procuraria nem os proprietários do solo, a quem chamam a lavoura; nem os descontadores de safras, a

(2) *Apud* GRAÇA ARANHA, *Machado de Assis e Joaquim Nabuco,* pág. 216.
(3) *Apud* GILBERTO FREYRE, *Joaquim Nabuco,* págs. 23-24.
(4) *Apud* CELSO VIEIRA, *Joaquim Nabuco,* pág. 153.

quem chamam o comércio; nem os empregados públicos, que representam a enfermidade social por excelência; nem as profissões científicas, que formam uma aristocracia intelectual, grande demais para um povo tão deprimido como o nosso; escolheria, sim, o insignificante, o obscuro, o desprezado elemento operário, *porque está nêle o germe do futuro da nossa Pátria;* porque o trabalho manual, sòmente o trabalho manual, dá fôrça, vida, dignidade a um povo..." (5).

Poeta — ao que parece, Nabuco não o foi tão brilhante. Dêle não conheço nem o livro de versos *Amour et Dieu,* nem o drama *L'option,* a não ser dêste fruto de seu grande amor à França os trechos que sua filha Carolina transcreve na bela biografia, e daquele as quadras que êle mesmo reproduz em *Minha formação.*

Minha impressão foi boa, mas os críticos acham que a poesia foi em Nabuco o ponto baixo. Êle próprio, mais tarde, na idade madura, dotado de apurado e seguro senso de auto-crítica, desconfiou serem exagerados os louvores ditirâmbicos com que Renan acusou e agradeceu a dedicatória de *Amour et Dieu,* principalmente depois que leu nos *Souvenirs d'enfance et de jeunesse* a confissão do escritor de que julgava que, desde 1851, não praticara nenhuma mentira, "exceto, naturalmente, as mentiras alegres de pura eutrapélia, as mentiras oficiosa e de polidez, que todos os casuístas permitem, e também os pequenos subterfúgios literários exigidos, em vista de uma verdade superior, pelas necessidades de uma frase bem equilibrada ou para evitar um mal maior, como o de apunhalar um autor". Nabuco, ao ler isso, enfiou o barrête, principalmente, quando deparou com o seguinte: "Um poeta, por exemplo, nos apresenta os seus versos. E' preciso dizer que são admiráveis, porque sem isso seria dizer que êles não têm valor e fazer uma injúria mortal a um homem que teve a intenção de nos fazer uma civilidade" (6).

Pensador — Nabuco revelou-se tal em todos os seus livros e em todos os seus escritos e discursos.

Pensées détachées são a mais robusta prova dessa afirmativa.

Faguet foi percuciente na apreciação da obra, mas aí ainda falhou no diagnóstico, justamente no ponto em que, reconhecendo, aliás, a religiosidade de Nabuco, teve a impressão — *ce me semble,* escreveu — não pertencesse a nenhuma confissão religiosa (7).

Quando Nabuco escreveu aquêle livro já era católico praticante, católico do credo e dos mandamentos.

Sua conversão se operara através duma longa trajetória, eriçada de abrolhos, pela confissão com um sacerdote católico, em Londres, a 28 de maio de 1898, consumando-se, a 2 de dezembro do mesmo ano, no Rio de Janeiro, pela Comunhão, recebida das mãos do padre

(5) *Apud* CELSO VIEIRA, *o. c.,* págs. 153-154.
(6) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação,* pág. 73.
(7) *Apud* GRAÇA ARANHA, *o. c.,* pág. 216.

Bos, o santo lazarista francês, tão amigo do Brasil, precursor da idéia da estátua de Cristo no Corvocado. Essa Comunhão Nabuco a considerou a primeira, porque, quanto às do tempo do colégio, as reputava como ato que não compreendera bem.

Escreveu, então, em seu diário:

"Graças a Deus, das cinzas da minha fé pude tirar a pequena lâmpada que hoje acendi em honra do Cristo em meu coração e que alumiará a minha morte. Estou grato pelo recolhimento com que recebi o sagrado corpo de Deus, e espero que êle se disseminará como alento por todo o meu ser desanimado e como luz pelo abismo que eu trazia dentro de mim. As minhas dúvidas hoje empalideceram tôdas, fugindo como as corujas do campanário ao raiar do sol..." (8).

Êle próprio nos contou em *Minha formação* como perdera a fé aos dezoito anos, quando aluno da Faculdade de Direito de S. Paulo, ao contato dos companheiros e levado pelos ridículos preconceitos do cientificismo da época. Grande foi a influência de Renan sôbre Nabuco e essa influência não foi só literária. A magia do estilo do apóstata exerceu sôbre muitas inteligências prestígio sem igual. Sôbre Nabuco o predomínio do exegeta heterodoxo se fêz sentir avassalador, mas como diz Carolina, "no fundo, julga ficar devendo um favor a Renan, porque, feito por outro, o mal teria sido talvez irremediável" (9).

No manuscrito inédito *Foi voulue,* Nabuco afirma:

"Eu não teria sentido durante todo o meu afastamento da fé essa nostalgia que experimentam sempre aquêles a quem Deus reserva ainda a volta" (10).

Essa nostalgia da religião explica porque, mais tarde, escreveu:

"Crer é entregar-se inteiramente" (11).

"Só a religião, entre as fôrças humanas, não é sujeita à diminuição, pois, quando a comprimem, sobe. Ganha sempre em altura o que perde em superfície" (12).

O orador que, em 1873, em plena questão religiosa, deblaterava contra o ultramontanismo e o jesuitismo, que, em lamentável incoerência, êle, o liberal, o amigo da liberdade, pregava o mais ferrenho regalismo amordaçador da liberdade religiosa, que se alarmava com a idéia de se tornar o Brasil uma província da Companhia de Jesus (13), êle, o filho do católico regalista que proibira novas profissões nas ordens religiosas, fadadas a desaparecerem — êle, um quarto-de-século mais tarde, era quem proferia, em memorável conferência, estas palavras *aere perennius:*

(8) CAROLINA NABUCO, *A vida de Joaquim Nabuco,* pág. 339.
(9) CAROLINA NABUCO, *o. c.,* pág. 331.
(10) CAROLINA NABUCO, *o. c.,* pág. 31.
(11) JOAQUIM NABUCO, *Pensamentos soltos,* n.º 22, pág. 6.
(12) JOAQUIM NABUCO, *Pensamentos soltos,* n.º 26, pág. 7.
(13) CELSO VIEIRA, *o. c.,* pág. 53.

"Acreditais, se não fôsse o catolicismo, que o Brasil seria o grande bloco de continente que vai das Guianas do Amazonas às Missões do Paraná? Acreditais, se não fôsse o catolicismo, que êsse território não se teria pelo menos dividido em três ou quatro imensos fragmentos, um huguenote, outro holandês, o terceiro espanhol, o quarto, apenas, brasileiro, como o somos hoje? Isso quanto ao território, o soberbo, incomparável apanágio português na América, intato, enquanto o morgadio espanhol se desmembrou, e que faz dêste país uma das três ou quatro maiores casas da terra. Quanto à população, acreditais que, sem o catolicismo, tivesse sido prossível fundir, pelo modo por que o foram, em uma nacionalidade homogênea, o indígena, o português e o africano? O indígena? Duvidais de que, sem a ação do catolicismo, o indígena teria sido exterminado pelo mais bárbaro dos cativeiros, após as mais terríveis de tôdas as *razzias?* O branco? Duvidais de que a raça branca e os seus cruzamentos, adquiriram nessas atrozes correrias, nesses costumes de rapina humana, instintos que fariam do brasileiro o igual do caçador de escravos sudanês? O africano? Supondes, se não fôra o catolicismo, que o negro bárbaro da África daria em pouco tempo êsse sublime tipo de resignação e doçura, que foi tanta vez o nosso escravo, o qual, escravo pelo cativeiro e pelo castigo, achava ainda meio de fazer-se escravo voluntário pela gratidão e pelo amor? Ou pensais que tudo isso se teria dado, mesmo sem a Companhia de Jesus?" (14).

E, particularizando a atuação de Anchieta e dos jesuítas, exclamou:

"No centenário de Anchieta é impossível que se trate de glorificar só um homem. Êsse homem é nada, é pó que se desfaz, é um instrumento que fica inerte e sem valor, se o isolardes do corpo moral a que pertence; se o destacardes, no intuito de melhor o honrar individualmente, da sociedade em que êle se fundiu. Não lhe poderíeis fazer maior violência, oferecer-lhe um cálice mais amargo, do que pretender fazê-lo valer por si só ou por si mesmo. Como unidade histórica, Anchieta é tão inseparável de Nóbrega, de da Grã, de Inácio de Azevedo, como de Simão Rodrigues e Inácio de Loyola. Sua glorificação tem que ser forçosamente a do espírito que o animava e impelia, isto é, o da Sociedade de Jesus, à qual, como todo jesuíta, êle amou acima de tudo, abaixo de Deus" (15).

E, mais adiante, proclamou a benemerência da Companhia de Jesus, com estas palavras:

"Não tenhamos receio de confessar que devemos à Sociedade de Jesus, como eu disse, o nosso traço perpétuo. Não há outro molde

(14) JOAQUIM NABUCO, *Escritos e discursos literarios,* págs. 127-128.
(15) JOAQUIM NABUCO, *Escritos e discursos literários,* pág. 126.

em que se possam fundir para sempre raças, sociedades, individualidades mesmo, senão o molde religioso. Se o Brasil tivesse sido lançado em outra forma, há muito que se teria feito em pedaços. Qualquer que seja o nosso modo de pensar sôbre a verdade da religião, em um sentimento estaremos todos acordes: que ela é o traço moral permanente, o traço por excelência" (16).

Homem de sociedade — Nabuco o foi em tôda a extensão da palavra. Nos salões das missões diplomáticas, em Londres, em Roma, em Washington, no parlamento brasileiro, nos salões de Paris, no Vaticano, na memorável audiência com Leão XIII, Nabuco foi sempre o fino *gentleman,* o brilhante *causeur,* o homem de máscula beleza, e de agigantada estatura que seduzia pelos dotes físicos, pelo caráter adamantino, pela lhaneza de seu trato, pela fidalguia de suas maneiras, pela elegância de seu traje, pela *verve* de sua palestra.

Chefe de família — Nabuco veio a sê-lo em vésperas dos quarenta anos, quando, vitoriosa a causa do abolicionismo, a que devotara sua vida, veio a casar com D. Elvira Tôrres Soares Ribeiro, filha do Barão de Inoã, existindo dêsse matrimônio os seguintes filhos: Dr. Maurício Nabuco, atual embaixador do Brasil nos Estados Unidos; Monsenhor Joaquim Nabuco, vigário da paróquia de Santa Teresa, no Rio, e culto escritor; Dr. José Tomaz Nabuco, notável advogado e publicista; e as brilhantes escritoras Mariana Nabuco, autora de obras religiosas, e Carolina Nabuco, romancista e autora da notável biografia paterna, escrita com tanta piedade filial.

Apóstolo da causa sublime da abolição da escravidão — Nabuco o foi durante mais de vinte anos, até a vitória da mesma.

Pela pena e pela palavra, na imprensa, na tribuna parlamentar e na tribuna popular, com argumentos jurídicos, com deduções de fundo político e social, com o sentimento, utilizando, pois, a razão e o coração, — Nabuco encheu aquêle período de nossa história com o seu verbo mágico, a serviço da causa da abolição.

Nessa cruzada terça armas até com republicanos, pois o grande órgão *A República* deixa transparecer que o novo partido encontrara já aliados — escreveu Celso Vieira — "na zona agrária, onde explodia o ressentimento dos senhores de escravos, atribuindo ao Imperador os danos emergentes da lei do ventre livre" (17).

A República, nessa polêmica com Nabuco, chegou a escrever que "a escravidão ainda que mal, representa um grande interêsse de ordem moral e econômica, e todo o grande interêsse oculta em seu fundo um grande direito..." (18).

E' paradoxal e parece até incrível que o órgão dum partido novo, que inscrevia em sua bandeira idéia democrática, que pretendia, até,

(16) JOAQUIM NABUCO, *Escritos e discursos literários,* pág. 138.
(17) CELSO VIEIRA, *o. c.,* pág. 58.
(18) CELSO VIEIRA, *o. c.,* pág. 58.

ter o monopólio dessa idéia, por um baixo cálculo de tática política, se mostrasse tão retrógrado. Não é de admirar que Nabuco, decepcionado com a atitude dêsses opositores, desde então, associasse, no dizer de Celso Vieira, "com freqüência os males do cativeiro às perspectivas republicanas, atraído pela monarquia libertadora" (19).

Os altos e baixos dessa inolvidável campanha, êle, em síntese magistral, assim os apresentou:

"Tudo na abolição prende-se, não se pode escrever-lhe a história suprimindo qualquer de seus elos... E' um fato a reter: a compensação vai sempre além, muito além dos prejuízos que ela sofre, e, dêsse modo, até êles a favorecem. Assim morre Ferreira de Menezes, mas Patrocínio toma a *Gazeta da Tarde;* a minoria abolicionista de 1879 não é reeleita, surge a Confederação Abolicionista; quando o Ceará conclui a sua obra, o Amazonas começa a dêle; demitido um presidente de província (Teodureto Souto), é nomeado um Presidente do Conselho (Dantas); organizada a ação da polícia, aparece a agitação no exército; às sevícias de Paraíba do Sul e de Cantagalo sucede o combate de Cubatão; morto José Bonifácio, toma o seu lugar em S. Paulo Antônio Prado; repelido pela Câmara José Mariano, o Recife derrota o ministro do Império; vacilando o partido liberal, move-se o partido conservador; parte o Imperador, fica a Princesa" (20).

Só de sua atuação silencia Nabuco, mas ela foi criteriosa, entusiástica, empolgante.

Recrudesce o movimento abolicionista. Em 1887, vários bispos, em suas cartas pastorais, pregam vigorosamente contra a maldita instituição da escravidão. As províncias do Ceará e do Amazonas emancipam seus escravos.

O Imperador, gravemente enfêrmo, segue para a Europa, deixando a Princesa Isabel na regência. Cotegipe, presidente do Conselho, julga imprudente a emancipação completa. Mas a Princesa Regente insiste em que o gabinete se manifeste a favor da abolição imediata.

Nessa época, Nabuco, na Europa, pede uma audiência ao Papa Leão XIII, a quem suplica "uma palavra que prenda a consciência de todos os verdadeiros católicos" (21).

"Ce mot je le dirai, vous pouvez en être sûr — respondeu o Papa, e quando o Papa tiver falado, todos os católicos terão que obedecer" (22).

Essa audiência, com as palavras do Papa, descrita por Nabuco n'*O País,* causa funda impressão.

Os acontecimentos se precipitam.

(19) CELSO VIEIRA, *o. c.,* pág. 58.
(20) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação,* págs. 232-233.
(21) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação,* pág. 270.
(22) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação,* pág. 270.

Cotegipe demite-se e a Princesa chama o conservador emancipacionista João Alfredo a presidir o novo ministério.

Os pequenos príncipes, filhos da regente, redigem e imprimem um jornal, o *Correio Imperial,* pregando a abolição imediata.

O deputado Joaquim Nabuco, de volta da Europa, assim começa, a 7 de maio de 1888, o seu discurso na Câmara.

"Não, sr. presidente, não é êste o momento de se fazer ouvir a voz dos partidos. Nós nos achamos à beira da catadupa dos destinos nacionais e junto dela é tão impossível ouvir a voz dos partidos, como seria impossível perceber o zumbido dos insetos atordoados que atravessam as quedas do Niagara" (23).

No dia seguinte é apresentado pelo novo gabinete o projeto de lei abolicionista, com estas simples palavras:

"Art. 1.º — E' declarada extinta a escravidão no Brasil".

"Art. 2.º — Revogam-se as disposições em contrário".

Apenas houve o acréscimo, proposto pelo deputado Araújo Goes, ao art. 1.º: "desde a data da lei".

Triunfalmente, com poucos votos contrários, ambas as casas do parlamento votam a lei, pela supressão dos interstícios regimentais, proposta por Nabuco.

E assim, a 13 de maio de 1888, a Princesa Isabel, tendo descido cedo de Petrópolis, aguardava impaciente a votação final do Senado, sancionando ela a lei no paço da cidade do Rio de Janeiro, às 15 horas e 15 minutos.

"Então — narra Celso Vieira — a uma janela do paço, fronteira ao mar, veio Joaquim Nabuco; refulge-lhe nessa moldura o perfil, tocado pelo sol; e quando o libertador, erguendo a voz, proclamou à turba fremente, ondeante por todo o largo, não mais existirem escravos no Brasil, foi tudo como a instantânea visão solar de um emissário do alto, que anunciasse à terra o advento da liberdade" (24).

Historiador — Nabuco o foi, a conselho de Renan, como êle o conta em *Minha formação.*

Versou os temas históricos com ampla visão sociológica e política. Sua obra-prima nesse gênero foi *Um estadista do Império,* em que, a pretexto de biografar a grande figura de seu pai, traçou a história política brasileira no reinado de D. Pedro II, tanto assim que, tendo falecido o Conselheiro Nabuco em 1878, êle não deixou o estudo nessa data, mas, na conclusão, a largas pinceladas, fêz um apanhado dos últimos dez anos do Império.

Político — Nabuco o foi visceralmente, não o político de partido, confinado ùnicamente na mentalidade exclusivista de clã feudal, mas o político apaixonado por uma grande idéia e que a quer ver realizada para o bem da Pátria, não desdenhando de a ver encaminhada pelo

(23) CAROLINA NABUCO, *A vida de Joaquim Nabuco,* pág. 242.
(24) CELSO VIEIRA, *o. c.,* págs. 193-194.

adversário, como sucedeu com a abolição, cujas principais etapas foram realizadas pelo partido conservador no poder.

A constante diretriz política de Nabuco foi o liberalismo à inglêsa. Em *Minha formação* mostra-nos como foi fiel a essa orientação e como, por causa dela, e, no seu entender, atendendo ao caso brasileiro, êle era um entusiasta da monarquia parlamentar. O livro de Bagehot sôbre a Constituição Inglêsa exerceu poderosa influência nesse sentido, neutralizando o prestígio do regime dos Estados Unidos, que, então já começava a seduzir tantos espíritos e a que êle próprio não foi de todo insensível, em sua admiração pela grande República do norte.

E' assim que, embora grande admirador de Thiers e defendendo sua atitude republicana, êle torcia por uma monarquia na França, à época em que o Conde de Chambord se apresentava ao seu povo como o representante da tradição, com a antiga bandeira branca da Realeza.

Muito embora, durante a cruzada abolicionista, êle se impacientasse com a cautelosa prudência do Imperador, fazendo-o, por vêzes, explodir em objurgatórias contra o regime, o que, aliás, era muito comum até entre os monarquistas mais conservadores quando na oposição, muito embora isso, Joaquim Nabuco assim escrevia em 1873:

"Em relação à monarquia no Brasil aquêle toque do espírito inglês bastou para traçar-me uma linha de que eu não poderia afastar-me, mesmo querendo. Era um ponto de honra intelectual, um caso de consciência patriótico definitivamente resolvido em meu espírito, aos vinte e três anos. Suprimir a monarquia que tínhamos ficou claro para mim desde então, era uma política a que eu não poderia nunca associar-me; eu poderia tanto banir, deportar o Imperador, como atirar ao mar uma criança ou deitar fogo à Santa Casa. Quebrar o laço, talvez providencial, que ligava a história do Brasil à monarquia, era-me moralmente tão impossível, como me seria no caso de Calabar entregar Pernambuco por minhas próprias mãos ao estrangeiro. Faltar-me-iam fôrças para uma intervenção dessas no destino do meu país. Seria atrair sôbre mim um golpe de paralisia, ferir-me eu mesmo de morte moral. Minha coragem recuava diante da linha misteriosa do Inconsciente Nacional. O Brasil tinha tomado a forma monárquica, eu não a alteraria" (25).

Em agôsto de 1888 escrevia Nabuco:

"A missão da Monarquia no Brasil não tem exemplo na história das dinastias. O primeiro Imperador criou a nacionalidade, o segundo constituiu a Nação e sua filha, numa curta regência, aproveitando o que ela mesma havia iniciado, realizou a abolição, fundando a igualdade social. Um criou a Pátria, outro a Nação e a terceira pessoa dessa Trindade nacional criou o Povo" (26).

(25) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação,* pág. 133.
(26) *Apud* AFONSO CELSO, *O Imperador no exílio,* pág. XXIII.

Escrevendo, em 1895, os capítulos de *Minha formação*, assim se exprimia a respeito da dinastia imperial brasileira:

"Esta dinastia teve só três nomes. O fundador fêz a independência do jovem país americano, desintegrando a velha monarquia européia de que era herdeiro; seu filho encontra aos quinze anos o Império enfraquecido pela anarquia, rasgando-se pela ponta do Rio Grande, e funda a unidade nacional sôbre tão fortes bases que a guerra do Paraguai, experimentando-a, deixou-a à prova de qualquer pressão interna ou externa, e faz tudo isso sem tocar nas liberdades políticas do país que durante cinqüenta anos são para êle um *noli me tangere*... Por último, sua filha renuncia virtualmente o trono para apressar a libertação dos últimos escravos... Cada reinado, contando a última regência da Princesa como um embrião de reinado, é uma nova coroação nacional: o primeiro, a do Estado; o segundo, a da nação; o terceiro, a do povo... A coluna está perfeita e igual: a base, o fuste, o capitel. A tendência do meu espírito é colocar-se no ponto de vista definitivo... Dêste o 15 de novembro não é uma queda, é uma assunção... E' a ordem do destino para que a dinastia brasileira fôsse arrebatada, antes de começar o seu declínio, antes de correr o risco de esquecer a sua tradição" (27).

Nabuco era partidário da federação e se esforçara, tanto durante o movimento abolicionista como após sua vitória, por que o partido liberal a inscrevesse em seu programa.

Em 1889 escrevia:

"...Não quero fazer a república, e, sem o partido liberal, é impossível fazer a monarquia federativa. Monarquista, continuarei a ser firme como um rochedo" (28).

Proclamada a República, Nabuco, em 1890, explicando porque continuava partidário da monarquia, assim escreveu:

"De fato, a república, moralmente falando, só tem perdido terreno desde 15 de novembro. Não se verificou sòmente que o país não estava preparado para ela, mas também, o que é talvez pior, que ela não estava preparada para o govêrno. Diz-se que ela não tinha homens, é um perfeito engano; ela tinha a seu serviço, além de uma brilhante mocidade, para secundá-los, dez vêzes mais homens de alto mérito do que era preciso para organizar-se democràticamente em todo o país. O que ela não tinha era princípios".

"Eu sou o primeiro a dar testemunho de que o partido republicano foi inicialmente um movimento de aspiração democrática; o primeiro grande contingente, porém, que êle recebeu, o da escravidão, fê-lo perder de vista o povo; e o segundo contingente, o do exército,

(27) JOAQUIM NABUCO, *Minha formação*, pág. 249.
(28) CELSO VIEIRA, *o. c.*, pág. 209.

que o tornou vencedor sem combate, fê-lo perder de vista a própria república" (29).

Julgando-se assim incompatibilizado com o regime republicano presidencial, combateu-o pela pena, mas, em breve, se foi desiludindo da possibilidade de restauração monárquica, principalmente após a morte de Saldanha da Gama, de quem era dileto amigo e grande admirador.

Foi então que se refugiou por completo na advocacia e, se pouco se sabe de sua atuação profissional no patrocínio de interêsses privados, mais conhecido é seu trabalho como advogado do Brasil no litígio anglo-brasileiro sôbre a fronteira com a Guiana, em que Vítor-Manuel III da Itália, o árbitro escolhido contra a vontade de Nabuco, que preferia negociações diretas, resolveu, em sua barata sabedoria pseudo-salomônica, atentar contra o direito do Brasil, exorbitando de sua competência.

Advogado e escritor, retirado da atividade política, foi a êle que apelou o Presidente Campos Sales, naquela emergência, a fim de preparar e defender a causa do Brasil no litígio da Guiana Inglêsa.

Ao findar aquela primeira década do regime republicano, ainda eram bem vivas as paixões de lado a lado, e, assim, a aceitação raciocinada de Nabuco de servir o Brasil em uma tal função não foi bem compreendida por todos os monarquistas, pois muitos tinham a mentalidade de *émigrés à l'intérieur*, chegando a apodá-lo de apóstata, nem tampouco por todos os republicanos, muitos dos quais imbuídos de jacobinismo e de intolerância.

Mas, nessa ocasião, Nabuco, antecipando a atitude de Rio Branco, se revelou o patriota, que colocava a Pátria acima da transitoriedade do regime. Não menos nobre foi a atitude do Presidente Campos Sales buscando aquela valiosa colaboração.

A Princesa Isabel, como relata Carolina Nabuco, fêz chegar a Joaquim Nabuco um recado de simpatia: "Quero que o Sr. Nabuco saiba que aprovo o seu ato de patriotismo, como meu Pai, se fôsse vivo, também o aprovaria" (30). Também Eduardo Prado, monarquista convicto e militante, defendeu vigorosamente a aceitação de Nabuco.

Pouco depois, morre Sousa Correia, ministro brasileiro em Londres, que estava a discutir com o *Foreing Ofice* o caso da fronteira com a Guiana. Nabuco foi o naturalmente indicado para sucederlhe, continuando sòzinho a discussão dos nossos direitos.

Foi então Nabuco nomeado e na capital inglêsa, onde já residira na mocidade e que tanto estimava, passou a representar os nossos interêsses, preparando a defesa de nossos direitos.

(29) CAROLINA NABUCO, *A vida de Joaquim Nabuco*, pág. 290.
(30) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 350.

Em 1905 o Brasil eleva sua legação em Washington à categoria de embaixada, a primeira nossa, sendo Nabuco nomeado para seu titular. Era, àquela época, Presidente da grande república Teodoro Roosevelt. De grandes personalidades era composto o corpo diplomático estrangeiro ali acreditado. Basta citar os nomes do inglês James Bryce e do francês Jusserand. Nabuco veio completar essa trindade eminente e sobrepujou a êles.

Descrever o que foi a atuação de Nabuco naquela embaixada exigiria alentado estudo. Não foi êle um mero embaixador burocrata. Homem de sociedade, dava e aceitava recepções. Fazia por todos os modos a inteligente propaganda do Brasil e a política de boa vizinhança. Era o embaixador da cultura brasileira. Disputavam-no as Universidades americanas para conferências. E foi assim que o grande embaixador brasileiro falou no mais puro inglês, com assombro dos nossos amigos do norte, nas Universidades de Yale, de Washington, de Chicago, de Wisconsin e de Cornell, versando os mais variados temas, — Camões poeta lírico e épico, as possibilidades científicas do Brasil, o espírito de nacionalidade na história do Brasil, o quinhão da América na civilização, a aproximação das duas Américas.

Em 1906 reviu a Pátria, vindo ao Rio, depois duma apoteose no Recife. Foi por ocasião da Conferência Pan-Americana que pronunciou um discurso em que, pela vez primeira, falava perante auditório brasileiro como embaixador da República, e no qual se conformava com o regime vigente, o que desagradou aos monarquistas, obrigando-o a esclarecer:

"Eu não aderi à República, porque ninguém tem o direito de dizer que adere às leis e às instituições de seu país" (31).

Acrescentou:

"Eu não fiz, porém, ato de contrição, e nem tinha de que fazer, porque as minhas intenções foram sempre as mais puras, e nem um só dia, estabeleci competência entre a dinastia e o país" (32).

Aditou ainda:

"Eu estou quite com a minha fé monárquica, porque a envolvi religiosamente na mortalha de púrpura em que dormem as grandes dinastias fundadoras" (33).

Foi o que Carolina Nabuco denominou sua "reconciliação com a República" (34).

O indefesso trabalho que Nabuco desenvolvia no seu pôsto diplomático, multiplicando-se em iniciativas patrióticas, lhe ia minando as fôrças de lutador que sempre foi. Aquêle homem de beleza apolínea estava fisicamente velho aos sessenta anos.

(31) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 356.
(32) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 357.
(33) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 357.
(34) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 343.

Apesar disso, em 1909, sua atividade não diminui, e, ainda, a 25 de novembro, no *Thankcgivinday*, quando o povo *yankee* se ajoelhava para a tradicional ação de graças ao Criador, Nabuco profere seu último discurso — na expressão de Celso Vieira, "um ato de eloqüência e de fé, rendendo graças à Divindade" (35).

Depois, o declínio vai rápido e — diz sua filha Carolina — "a 17 de janeiro de 1910, a morte o colheu, sem sofrimento nem decadência, em pleno gôzo de seu admirável espírito" (36).

Um ano antes, escrevera êle em seu diário:

"Minha esperança, minha oração fervorosa, é que quando eu seja afetado pela doença da velhice não o seja na parte de mim que Deus criou à sua imagem. O corpo pode ser demolido, não seja nunca o espírito, e, se acaso o fôr, que eu tenha a doce mania mística e não o esquecimento de Deus" (37).

A misericórdia divina lhe foi propícia, morrendo êle em plena pujança intelectual.

Falecido longe da Pátria, seu corpo veio, após homenagens excepcionais em Washington, trazido por um navio de guerra americano, primeiro para o Rio, e, após, levado por um vaso de guerra nacional, o *Carlos Gomes*, para o Recife, onde repousam seus restos mortais, conforme vontade por êle expressa.

Assim foi Joaquim Nabuco, a grande figura que atravessou quarenta anos de história pátria, metade dos quais consagrada a uma causa santa, e a outra metade à ação política, às letras, à história, à diplomacia — mas sempre à grandeza do Brasil, de que foi filho amante em extremo.

Êle também que tantos anos viveu longe da Pátria, mas para melhor a servir, podia dizer como seu grande amigo Rio Branco: *Ubique patriae memor.*

(35) CELSO VIEIRA, *o. c.*, pág. 299.
(36) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 508.
(37) CAROLINA NABUCO, *o. c.*, pág. 508.

O INSTANTE SÓCIO-POLÍTICO E AS "INSTITUIÇÕES" DE OLIVEIRA VIANA

Amadeu de Oliveira Freitas

O hábito de encarar sempre a disjunção entre os recursos humanos e as dificuldades telúricas, relativamente à dominação do espaço brasileiro, impõe a indispensável serenidade, para o exame de nossos problemas sociais.

O fator demográfico face ao fator fisiográfico, as limitações qualitativas e quantitativas daquele e os óbices ecológicos dêste, explicam com ou sem o auxílio de tantas meias-verdades das escolas sociológicas, as nossas deficiências político-sociais. São temas de equação nacional, que independem de discussões metodológicas, pois as conseqüências de seu encontro ressaltam à luz de palpáveis realidades, que desafiam o engenho da política e da administração nacionais.

Oliveira Viana, tenta, em obra recente, — "Instituições Políticas Brasileiras" — oferecer a solução definitiva das questões que afligem, há tanto, nossas populações.

Os aspectos políticos, o sociólogo os vê, sob os ângulos da República Velha, sem atender às revoluções últimas operadas nos ambientes melhor servidos pelos meios rápidos de comunicações. Por isso, talvez, não se realizem suas profecias, sôbre o fracasso da terceira Constituição republicana.

Discípulo de Alberto Tôrres, diferencia-se em que "Tôrres, mais filósofo do que sociólogo, pensava num Brasil global", ao passo que Viana não pode compreendê-lo ainda como um "continuum" social.

Parece, entanto, que os dous têm razão — um encarando, com falhas filosóficas, mas tantas vêzes brilhantemente, a formação e organização nacionais; — outro tendendo ao levantamento sociológico do país, pelos métodos monográficos de Le Play, corrigidos pelas críticas de Gusti, da escola rumena. Ambos, porém, visando um plano de reorganização em profundidade, para adaptar as instituições às realidades nacionais, pela "centralização desconcentrada" atendendo às diferenciações regionais.

Aplicando ao historicismo sociológico, em que ambos embasam suas elucubrações, o complemento duma "concepção sistemática da história como processo humano, realizando-se por fôrças imanentes, unificadas na racionalidade, vindo de um princípio e tendendo para um fim transcendente e absoluto", as conclusões econômicas de Tôrres, inteiramente aproveitáveis, completar-se-iam, eventualmente, com os atuais corretivos político-administrativos de Oliveira Viana.

Repetindo, como bom e sábio mestre, os conceitos de "Populações Meridionais", desde 1924, sustenta Oliveira Viana que a célula do organismo nacional é *"o clan"*, caracteristicamente rural, que age e reage sôbre os dois terços de nossas populações.

Diz êle: "Note-se ainda que o "oikos" feudal, de economia oniprodutiva, que vimos constituir-se, durante o período colonial, nas zonas do litoral e de faixa costeira desde o tempo de Vieira, que tornava *"cada família uma república* — ainda subsiste, na sua plenitude primitiva, nas fazendas pastoris..." de certas zonas longínquas, surgindo em São Paulo e Pernambuco os contrastes da rotina agrária ao lado de progressos megalotécnicos e capitalísticos, o que faz do Brasil um "melting-pot" sociológico.

Sua preocupação máxima, porém, é o "espírito de clan" que a nossa formação rural infundiu na estrutura social. Com sua fôrça é que não contaram, a seu ver, os teóricos e constitucionalistas do Império e da República.

A correção do "espírito de clan" só julga possível pelo poder imparcial do govêrno central, outrora representado pelo poder moderador ou pessoal de Pedro II.

Neste passo demonstra exaustivamente nossas diferenças culturais dos ânglo-saxões e até dos russos, todos socialmente amparados nas comunidades de aldeia, hoje, violentados neste último país em sua evolução pela tirania vermelha.

Demonstrando a inanidade, segundo Robert Lyne, das instituições exóticas informa que os sovietes não eliminaram as desigualdades de classes, existentes na sociedade russa — pois há uma profunda separação, "cada vez mais crescente", entre o Kremlin e o resto da Rússia. Os efeitos das desigualdades ressaltam, pelo ressurgimento, como homens excepcionais, de *técnicos, administradores, cientistas* e *peritos*, pagos com salários excepcionais e tendo também poderes excepcionais sôbre os demais".

Daí a continuação do fracasso do Sovietismo também em outros setores, apesar de realizações materiais apreciáveis. A luta pela transformação do localismo tribal ou do comunarismo de aldeia em comunarismo de Nação, já se vinha processando pela ação opressora do próprio Czarismo. Tenta mudar as condições exteriores para conseguir a transformação das condições interiores ("imanentes") da cultura, es-

quecendo-se das reações naturais e universais de personalidade humana.

Mas é justamente o homem, na sua expressão civil e política, a quem pretende Oliveira Viana proteger definitivamente, combatendo os "utopismos dos Pimenta Bueno, Barbalho, Cavalcanti e Rui", de quem exalta, entanto, a obra imperecível de cimentação do poder judiciário, como base institucional da verdadeira democracia.

Esta, porém, na opinião do sociólogo fluminense, não vingará no país, por via dos partidos, apesar dos progressos dos serviços e leis sociais e militares.

O regime de "clan", que vigora também em várias regiões européias e civilizadas, não nos deve, pois, envergonhar, apesar de agravado em nosso ambiente social. Releva notar, porém, que precisa ser substituído, porque inutiliza grandemente a eficiência partidária, pondo a serviço de seus egoísmos a justiça e a polícia, especialmente nos imensos confins rurais, onde se capilarisa, fundamentalmente, a trama social.

"Dêsses povos que admiramos, diz, como o americano a um inglês — um estudo mais atento de sua história mostrará que a sua grandeza vem da iniciativa privada — da ação de seus agricultores, dos seus industriais, dos seus comerciantes, dos seus educadores, dos seus cientistas, das suas escolas e Universidades, em primeiro lugar — e, só em segundo lugar, da ação do Estado e dos políticos".

E acrescenta, mais além, com amargo pessimismo: "Já o disse em outro volume: "Os partidos políticos, *pelo menos no Brasil*, nunca puderam representar o papel de agentes de formação desta mentalidade solidarista, *de tipo altruísta*, a que me venho referindo — isto porque foram sempre agrupamentos constituídos para a satisfação de ambições *pessoais* e não para a realização de interêsses *coletivos e públicos*, isto é, relativos ao bem comum de uma "classe", de um "município", de uma "província ou da Nação". A seu ver, nêles predomina o "interêsse individual *(pessoal*, de família ou de clã); só é possível de ser realizado, entretanto, através do *grupo* ou do partido." Tudo como na fórmula de Stirner: "O grupo não se possui; tu é quem possui o grupo e dêle te serves".

Entretanto, prega o sociólogo o direito de voto ao homem socializado, ao homem sindicalizado, apesar da lentidão facultativa dos sindicatos rurais, em país das características do nosso.

Para protegê-los, só pela libertação da justiça e da política dos atos regionais ou locais, apesar de que justiça e polícia muito melhoraram, ùltimamente, pelo menos no sul. E diz: "Insisto: o nosso grande problema na organização da democracia no Brasil — problema fundamental, para o qual devemos convergir todo o esfôrço e tôda a combatividade de nosso idealismo — não é a generalização do sufrágio, não é o sufrágio universal; é — a organização da liberdade civil e individual. Reconhecer, assegurar e organizar a defesa efetiva das liberdades civis do povo-massa há de ser o nosso primeiro trabalho — se sonhamos dar vida e realidade à democracia no Brasil. E' êste o meio principal, e talvez único, que temos para desintegrar os nossos dois formidáveis e velhos complexos — o do "feudo" e o do "clã" —, que nasceram e se desenvolveram justamente em conseqüência do regime quadrissecular de desgarantias dessas liberdades privadas, em que tem vivido o nosso povo-massa desde o I século — como vimos em Populações Meridionais (cap. IX, X, XI e XII).

Desta fase de insegurança e precariedade das liberdades civis e individuais e suas garantias, que nos vem da Colônia, restam ainda, entretanto, duas reminiscências vivazes, que são como dois anacronismos, que ainda resistem, apoiados pelas quatro patas nos pequeninos interêsses da politicalha de província — pequeninos e mesquinhos; mas, mais poderosos, ao que parece, do que os interêsses superiores da Justiça, do Direito e da própria Liberdade. Estas reminiscências coloniais são:

a) a justiça estadual (o juiz "nosso");

b) a polícia política (o delegado "nosso").

Êsses mesquinhos e pequeninos interêsses da politicalha da província — recobrindo e dissimulando o seu egoísmo com o manto dos "sagrados princípios do regime federativo" e das "liberdades locais" — é que não nos permitiram ainda — e tão cedo não permitirão — instituir e organizar êstes dois corretivos garantidores e saneadores:

a) a justiça federalizada — na dignidade da sua expressão nacional;

b) a polícia de carreira — também federalizada, integralmente garantida como uma nova magistratura e, destarte, liberta dos "coronéis de aldeia", dos "partidos do govêrno" e das oligarquias onipotentes, autônoma, independente, servindo aos interêsses gerais e impessoais da ordem pública e da ordem jurídica das pequenas comunidades locais".

A unidade processual será, talvez, o passo preambular para a unidade administrativa da magistratura e da polícia, se a evolução da maioria dos partidos não se processar no sentido altruístico, que reclama o sociólogo. Seus choques se agravarão justamente no ambiente judiciário e policial, suspirando essas mesmas instituições pela sua superposição aos ambientes regionais.

Nesse rumo se processa a evolução do ensino universitário, entre nós, que espera mais compreensão e recursos de parte do poder federal.

Sua eficiência será elemento decisivo na formação das elites e na melhora do funcionamento de tôdas as instituições nacionais.

A difusão da instrução primária, rural e técnica é, porém, igualmente um fator basilar no corretivo ao espírito de clan. Ela incentivada pela assistência sanitária, transporte e energia é que possibili-

tará uma consciência cívica capaz de evitar o desaparecimento da polícia e da justiça, em face do poder dissolvente dos clãs partidários, dominantes ainda em vastas extensões territoriais do país.

Insiste ainda o sociólogo na aplicação de regimes administrativos peculiares para as diferentes regiões da Federação:

"Os velhos administradores do período colonial, sempre tão realistas e objetivos, já haviam sentido esta diversidade: — e a haviam atendido com soluções adequadas. Quem quer que estude a história da nossa administração local na Colônia, verá, com efeito, que — nos Regimentos outorgados pela Metrópole — as atribuições conferidas aos governadores de capitanias não guardavam uniformidade; ao contrário, eram, ora ampliadas, ora restringidas, conforme a situação econômica, social ou política de cada capitania ou mesmo o grau de confiança ou capacidade do delegado.

E' o que conviria pleitear como sistema ideal para o Brasil neste setor: — e só assim a descentralização federalista seria razoável. O mal do federalismo não está na sua descentralização; está antes na sua uniformidade. Rui, com a sua Constituição descentralizadora, não quis instituir esta desigualdade para os Estados. E' que não o permitia o modêlo americano então em voga (não o permitia para os Estados, note-se, embora o permitisse para os municípios).

E' claro que da Constituição de 91, por êle elaborada e assim descentralizada, tinha que resultar o que resultou: as oligarquias. E' certo que — com os olhos postos na democracia americana — vivemos a deblaterar contra elas; mas, sem grande justiça — porque as oligarquias não são senão a nossa vernaculíssima instituição do clã eleitoral, estendida a uma área mais ampla do que o feudo ou o município: — a uma província ou Estado. São legítimas expressões culturais do nosso Direito Público Costumeiro — do direito público do povo-massa. Pelas condições dentro das quais se processou a nossa formação política, estamos condenados às oligarquias: — e, felizmente, as oligarquias existem. Pode parecer paradoxo; mas, numa democracia como a nossa, elas têm sido a nossa salvação. O nosso grande problema, como já disse alhures, não é acabar com as oligarquias; é transformá-las — fazendo-as passarem da sua atual condição de oligarquias broncas para uma nova condição — de oligarquias esclarecidas. Estas oligarquias esclarecidas seriam então, realmente, a expressão da única forma de democracia possível no Brasil; porque realizada na sua forma genuína, isto é, no sentido ateniense — do govêrno dos melhores".

Nota-se que Oliveira Viana absolutamente não confia nos efeitos do sufrágio secreto e universal, exigindo uma proteção federal onímoda aos direitos civis como base das conquistas políticas pessoais e regionais definitivas.

Seria, talvez, a complementação evolucional e progressiva da política e da administração do país, nesses últimos anos.

A próxima sucessão presidencial dará, quiçá, razão ao ilustre fluminense. Nela estão em jôgo o funcionamento dos partidos e a ação tutelar do poder presidencial da República.

Se aquêles falharem ao seu destino sociológico, o executivo federal deve tomar como catecismo cívico as "Instituições Brasileiras", de F. J. de Oliveira Viana.

CONSIDERAÇÕES SÔBRE AS VENDAS MERCANTIS PARA CONSUMO E SÔBRE A CHAMADA AÇÃO DE GARANTIA

Paulo Barbosa Lessa

1. E' o Direito Comercial, no Brasil, um ramo autônomo do direito privado. Ao lado das normas de Direito Civil, vicejam as regras disciplinadoras do exercício do comércio, submetidas a regime próprio, subordinadas a princípios gerais, que as animam e espe-

Inoportuna aqui a discussão sôbre a possibilidade ou a desejabilidade de uma unificação formal ou material, basta-nos, no instante, a constatação da realidade. Encarando-a, de um plano histórico, vivemos, ainda, em fase de dicotomia que se pretende seja uma oposição entre o fenômeno agrário e o fenômeno industrial e comercial (1).

Interessante é salientar a anterioridade da legislação mercantil sôbre a civil no Brasil. Apesar de não prometida, veio antes a sistematização comercial, de tal sorte que, ao surgir a codificação civil, era aquela velha de sessenta e seis anos.

2. Dessa constatação, duas considerações sobrelevam.

A primeira, a de que, à míngua de uma legislação civil adequada ao momento histórico, a codificação mercantil desbordou de seu peculiar terreno, indo um tanto além do campo que lhe deveria competir (2).

A outra, a de que o Código Civil recebeu do mercantil uma série de preceitos e de figuras renovadas, mercantilizando-se até certo ponto (3).

O certo é que, na atualidade, existe uma dualidade de legislação obrigacional, assás acentuada, e que tem resistido aos anseios de certa corrente doutrinária pátria, e de, mesmo, projetos de legislação (4).

3. De outro lado, essas duas fontes de direito não são estanques. Assinalada já, de um ponto de vista dinâmico, num plano histórico, a íntima relação dos dois ramos do direito privado, cumpre ressaltar a interpenetração dos dois ramos, num considerar estático.

(1) Túlio Ascarelli — Panorama do D. Comercial, pág. 21.
(2) T. de Freitas — Aditamentos, pág. 522; A. Russell, Curso, pág. 65, vol. 1.º.
(3) Ascarelli, pág. 40 — Russell, pág. 49, vol. 1.º.
(4) T. de Freitas, em 1867; I. de Souza, em 1912.

As normas de Direito Civil são ora subsidiárias, ora integrantes da legislação peculiar ao comércio. No primeiro caso, é regra (5) eivada de exceções, aplicam-se em falta de disposição comercial ao fato pertinente. No segundo, mercê de referência expressa, e por um princípio de economia legisferante, constituem fonte primária de Direito Comercial, com a mesma pujança do texto formalmente contido nos corpos de lei peculiares ao comércio (6).

4. Consentâneo com o momento histórico em que foi plasmado, apresentou-se o sistema mercantil brasileiro com um cunho predominantemente subjetivo (7). Ao depois, mercê da influência das próprias relações, que pretendia regular, sensível ao entrechoque das opiniões, livrado em contendas aqui e além-mar, tomou a legislação comercial um outro rumo, objetivo, já tornando a matrícula obsoleta, já se fixando, senão exclusiva, precìpuamente, no exercício habitual e profissional do comércio (8).

Cristalizaram-se, destarte, as normas mercantis, num sistema misto, de tonalidades específicas, não encontradiças noutros sistemas e que tornam, não raro, inaplicáveis, princípios defendidos com êxito frente a diversas regulamentações positivas.

5. Contrato fundamental do comércio, típico entre os bilaterais, (9) é a compra-e-venda, terreno fértil para a consubstanciação dos princípios gerais dos contratos no Direito Comercial brasileiro. Nela se encontram, mercê de aprofundada análise, os traços marcantes de diferenciação entre a obrigação contratual civil e a mercantil, bem como os da caracterização individualizadora do sistema legal brasileiro.

Conceituou o Código Comercial (10) o contrato de compra-e-venda mercantil. Estabeleceu como tal a compra para revenda de coisa móvel ou semovente e a existência de um sujeito comerciante. Feriu o ponto do objeto. Não descuidou do sujeito. Caracterizou o contrato, e talvez com êle todo o Direito Mercantil, como um instituto, já subjetivo, já objetivo.

6. Tal conceituação ensejou a dúvida quanto à comercialidade das operações de compra-e-venda para consumo, dúvida aliás levantada também frente a outros sistemas legislativos.

Apresentando-se como um dos característicos das obrigações mercantis a sua fungibilidade, quer quanto ao seu objeto, quer quanto ao seu sujeito, a compra-e-venda para consumo parecia, em verdade, em desacôrdo com os pressupostos da comercialidade.

(5) Cód. Com., art. 121.
(6) C. de Mendonça, Tratado, vol. 1.º, pág. 175.
(7) C. de Mendonça, idem, pág. 205.
(8) W. Ferreira, Instituições, pág. 209, vol. 1.º.
(9) Ascarelli, Pan. 77.
(10) Cód. Comercial, art. 191, 2.ª parte.

Face ao texto da lei, exigindo a condição de revenda, pareceu impossível conceituar-se como comercial a venda em tais condições, de vez que o seu pressuposto real, objetivo, falhava, não se configurando elemento essencial para a comercialidade da operação.

7. Socorreram-se os doutrinadores de figura híbrida para explicar o fenômeno. Dizia-se que tal ato seria comercial para uma das partes e civil para a outra (11). No caso de dualidade de jurisdição a causa deveria ser ajuizada no fôro de réu, civil ou comercial. A prescrição regular-se-ia dessemelhantemente. E os princípios aplicados diversamente, face a cada um dos contratantes.

Tal figura, importada do estrangeiro (12), teve vida fugaz. Cedo se assinalou a unidade da operação. Não resistiria ela ao bisturi de uma análise seccionadora. Transformar-se-ia, mesmo, em duplo contrato de doação, levado do extremo o empenho de dividir.

Comercializou-se, com isso, a operação. Notou-se a vis atrativa do fenômeno comercial. Submeteu-se, íntegra, a relação ao direito mercantil, porque, de resto, essa operação ainda se vinculava ao exercício do comércio, constituindo um elo na cadeia das operações mercantis intimamente ligada à figura anterior, típica e iniludìvelmente comercial (13).

Aceitas essas considerações, submeteu-se a compra para consumo, feita ao comerciante, à disciplina da legislação mecantil. Mas, é bem de ver, nem porisso a objetividade, o fato da infungibilidade real nela domiante, deve ser esquecido.

8. Esta última consideração assume singular importância ao considerar-se o elenco das obrigações oriundas da compra-e-venda.

Assinalam os autores como obrigações fundamentais do vendedor:

a) entregar, e

b) garantir a cousa vendida, já de fato pessoal do próprio vendedor, já pela evicção, já pelos vícios ou defeitos ocultos da cousa vendida.

Como obrigações, correlatas, do comprador, apontam:

a) pagar o preço, e

b) receber a cousa comprada (14).

Fiel ao sistema romanístico, o Código tornou perfeito e acabado o contrato desde que vendedor e comprador acordassem na cousa, no preço e nas condições do negócio. A propriedade, contudo, só se transmitiria pela tradição, real ou simbólica, da cousa vendida.

Precisar o momento em que essa tradição se realiza é fundamental, não só no que concerne ao próprio aperfeiçoamento do negócio, mas, talvez o que é mais importante, no que respeita à assunção dos riscos.

(11) Silva Costa, in C. de Mendonça, Trat., vol. 1.º, pág. 458.
(12) A. Russell, Curso, vol. 1.º, pág. 175; Cosack, Traité, pág. 57; J. Escarra, Manuel, vol. 1.º, pág. 61.
(13) Vivante, Instituições, pág. 31; W. Ferreira, Inst., vol. 1.º, pág. 109.
(14) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 53 e 100.

Tornando o vendedor responsável pela perfeição do objeto contratado, pôs o legislador como ponto final de sua responsabilidade, em regra, o têrmo de decadência (15) de dez dias, a contar do momento da tradição (16). Compete ao comprador, mormente nos casos de mercadoria enfardada, reclamar sôbre sua quantidade, ou qualidade, dentro dêsse prazo. Decaindo dêsse direito, via de regra, libera-se o vendedor das obrigações oriundas de vício da própria cousa.

9. Não sempre, porém.

Em primeiro lugar, cabe perscrutar a intenção com que foi posta a cousa à disposição do comprador. Pode ter sido com o fim de transmitir a propriedade dela. Mas, pode ter sido com o fito de submetê-la à apreciação do pretendente, a fim de que a examine e a experimente (17). Tem-se, então, o caso de venda à contento, em que o contrato só se firma depois que o comprador se manifesta satisfeito com a qualidade da mercadoria. E' lícito que se estipule prazo para que o comprador faça sua declaração. Pode resultar, outrossim, da própria natureza do negócio (18).

Em segundo lugar, suposta a venda sem tal condição, pode o vendedor aceitar a reclamação fora do decêndio. Se receber de volta a cousa, sem que a deposite, não poderá alegar decadência do direito de reclamar de parte do comprador, pois que seu procedimento indicou tácita anuência a ela (19).

Se nada disso acontecer, entendem alguns autores que, passado o decêndio, sem manifestação expressa do devedor, nada mais poderá êle alegar contra vício do objeto entregue, inclusive falta das qualidades apregoadas e contratadas.

10. Não nos parece seja essa uma opinião sustentável em seus têrmos extremos. Aceitá-la importaria em consagrar iniqüidade nas aras de estreita interpretação literal.

Aqui importa sobrelevar a consideração de que, para o comprador, na hipótese de venda para consumo, a operação tem idêntica finalidade a da compra-e-venda civil, e que, portanto, respeitados os princípios expressos da legislação mercantil, serão aceitáveis as considerações doutrinárias dos civilistas, oriundas da própria natureza do negócio.

Já no próprio âmbito da venda mercantil por excelência tornar-se-ia a garantia única por vício redibitório — incarnada nas

(15) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 87; W. Ferreira, Inst., 4.º vol. pág. 467.
(16) Da tradição efetiva.
(17) Cód. Comercial, art. 207, II — W. Ferreira, Inst., vol. 2.º, pág. 466.
(18) Cód. Comercial, art. 207, II — C. de Mendonça sustenta a simples aplicabilidade do art. 137 ao caso. Data vênia, julgamos possível a aplicação do expediente comum em matéria civil — a interpelação. (C. Civ., art. 1147).
(19) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 94.

ações redibitória e estimatória — incompatível com a realidade comercial e insuficiente para a tutela dos legítimos interêsses a que se propõe. Pense-se no contrato celebrado entre comerciantes de praças distantes e ter-se-ia consagrado a irresponsabilidade do vendedor de má-fé em face de um comprador indefeso. Pense-se em certas modalidades de contrato, em que o objeto é, por natureza, insuscetível de um contrôle de perfeição assim rápido, v. g. mecanismos de precisão ou aparelhos técnicos, e a verdade ressaltará nítida (20).

11. Firmados nesse pressuposto, os autores defendem a possibilidade de defesa extrema do comprador, baseado na carência das qualidades da cousa, apregoadas, ou dependentes da própria natureza do negócio (21).

Plasma-se, assim, a chamada ação de garantia pela boa e útil execução do contrato (22).

Trata-se, agora, não da execução do contrato em si, e sim de sua execução defeituosa, do inadimplemento das obrigações contratuais.

Ao comprador, fraudado em sua boa-fé, cabe pedir a rescisão do contrato por inadimplemento, desde que a cousa não tenha as qualidades prometidas, sejam els expressamente, ou resultem da própria natureza do contrato.

Tal ação encontra apoio em nossa legislação mercantil (23).

E é bem de ver que diverso será o tratamento da questão, em se tratando de compra-e-venda por natureza ou para consumo. Entre o revendedor de máquinas e o seu comprador para consumo há diferenças sensíveis, surgidas do próprio fato. No primeiro caso, o interessante é o valor de troca da cousa. No segundo, o valor de uso. Óbvio é que, em faltando disposição contratual expressa, na segunda hipótese há muito mais possibilidade de, do próprio fato, surgirem as qualidades na cousa pressupostas pelo comprador.

12. Alegam alguns mestres ser a construção incompatível com a boa técnica, de vez que o alicerce das duas ações seria o mesmo: a existência de vício oculto, para o qual possui o sistema legal remédio expresso e específico.

Parece não proceder a objeção.

No primeiro caso, no de vício redibitório, entende-se que há alteração ou falta essencial na cousa em relação ao seu estado normal de ser, alteração ou falta que lhe diminuam a potencialidade ou uso. No segundo caso, o que se quer dizer é que a cousa entregue não possui as qualidades contratadas, não corresponde à finalidade patuada.

(20) A solução do Cód. Italiano, assemelhando o vício aparente ao oculto, no caso, não é a melhor.
(21) Cunha Gonçalves, Tratado, vol. 8.º, pág. 558.
(22) Vivante, Instituições, pág. 207 — C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 98 — E. Espínola, Sistema, vol. 2.º, tomo 2.º, pág. 186 — Ruggiero, Inst., pág. 586.
(23) Arts. 210 e 126 do Cód. Comercial; art. 1086 do Cód. Civil.

Há diferença de qualidade quando a cousa em si, intrìnsecamente, não é viciada, nem defeituosa, mas não é aquela que o comprador contratara e esperava. Há vício, quando se trata da própria cousa escolhida pelo comprador, mas que, por estar estragada, não tem a utilidade por êste visada (24).

As diferenças de qualidade são inerentes à natureza da cousa; são diferenças de tecido, de fibra, de côr, de método, de origem. Pelo contrário, os vícios são inerentes ao modo imperfeito porque a cousa foi fabricada. Os vícios podem existir em cousa de qualquer qualidade, mesmo da pior; a mercadoria fica sendo da qualidade a que pertença, por natureza, por exemplo, de primeira qualidade, ainda que seja defeituosa. O vício é um desgaste, um estrago da cousa, fora de seu estado normal (25).

No primeiro caso, o comprador aciona o vendedor, por ter entregado cousa defeituosa, sem a integridade substancial nela pressuposta. No segundo caso, o comprador aciona o vendedor por ter entregado cousa diversa da patuada, ter prometido uma cousa e entregado outra.

No primeiro caso, cabe enjeitar a cousa imperfeita, com perdas e danos (ação redibitória), ou pedir abatimento de preço (ação estimatória ou quanti minoris) (26). No segundo caso, cabe pedir a rescisão do contrato, com perdas e danos; e, na hipótese de estar pago o preço, devolver a cousa e receber o preço, acrescido dos juros de mora e despesas.

13. Quatro, pois, são as ações de que dispõe o comprador, face a entrega de cousa em dissonância com a finalidade do negócio: a anulatória, por êrro (27) a redibitória e a estimatória, por vício; e a rescisória, ou de garantia, estrito senso, por inadimplemento do contrato.

Há erro essencial sôbre as qualidades do objeto, quando estas são de ordem a influir na determinação da vontade e supunham existentes (28).

Há vício, quando a mercadoria, mercê de defeito oculto, não apresenta as qualidades que normalmente tem.

E há, finalmente, o caso visado pela chamada ação de garantia, quando a cousa entregue, por vício intrínseco, não apresenta as qualidades prometidas expressamente, ou pressupostas pela própria natureza da operação.

(24) Cunha Gonçalves, Tratado, vol. 8.º, pág. 560.
(25) Vivante, Tratado, vol. 4.º, n.º 1647.
(26) Parece indubidoso tratar-se de verdadeira ação. V. W. Ferreira, Instituições, vol. 2.º, pág. 467. Contra C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 87.
(27) Há quem sustente a identidade entre o êrro e o vício redibitório. Assim Giorgi, Laurent, e, entre nós, com reserva, M. I. Carvalho de Mendonça, e Clóvis. Contra Windscheid, C. Gonçalves, Planiol, C. dos Santos.
(28) Clóvis Beviláqua, Com., vol. 1.º, pág. 334.

14. Os Tribunais têm aceito a noção desta ação, no tocante à matéria comercial, acentuando o Tribunal do Rio Grande do Sul, em decisão recente:

"...Mas o procedimento da autora, como acentuou a decisão recorrida, não se funda na alegação de existência de vício redibitório. Recorreu ela à chamada ação de garantia, a que se refere Carvalho de Mendonça, alegando execução defeituosa do contrato, para pedir indenização, a que estaria sujeita a vendedora, pela própria natureza do negócio. Essa ação, em que, consoante o ensinamento do tratadista pátrio não se cogita mais da execução do contrato, porém, da reparação dos danos pela sua má execução, não está sujeita àquele prazo de decadência. E' certo que êsse modo de entender tem sofrido restrições, sob a alegação de que o procedimento tem por base um vício redibitório, como tal, entendida, de modo genérico, em face do dispositivo legal, a diferença de qualidade, no próprio consenso de Carvalho de Mendonça. Mas assim não têm entendido julgados dos tribunais. Depois, como adverte Carvalho de Mendonça, na venda de máquinas, antes da experimentação, a qualidade da mercadoria não pode ser posta a prova, pelo que, daí, se deve contar a tradição. Além disso, é necessário considerar que a própria ré atendeu à reclamação fora do decêndio, contado da entrega, enviando seus mecânicos para examinar e revisar o motor" (29).

15. Consoante ao que ficou exposto, parece-nos, é de todo aceitável a noção da ação subsidiária de garantia, em nosso direito positivo. E' uma ação resolutória do contrato por inadimplemento, já que a cousa entregue se apresenta diversa da cousa patuada,mercê de deficiências de construção que possua, ocasionando a falta de qualidades prometidas ou pressupostas pela própria natureza da operação.

São, destarte, pressupostos da ação de garantia (estrito senso, resolutória do contrato, por inadimplemento):

a) que a cousa tenha sido entregue; e

b) que apresente falta de qualidade que a torne imprópria para o uso normal:

I. que foi garantido expressamente no contrato;

II. que resulte evidente da natureza da operação, em solução harmônica com os usos comerciais e com a boa-fé dominante no comércio.

Não há, de resto, necessidade de o comprador fazer o depósito judicial da cousa (30). E, no caso de haver pago, integral ou parcialmente, o preço, parece fora de dúvida caber-lhe direito de retenção (31).

Essa construção de técnica jurídica, apóia-se, firmemente, na realidade social que visa tutelar, e parece atingir seu real objetivo: obter o máximo de rendimento, com o mínimo de custo social.

(29) JUSTIÇA, vol. 30, pág. 216; V. Rev. dos Tribunais, vol. 54, pág. 394; vol. 109; pág. 201; vol. 156, pág. 767.
(30) C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 96.

(31) Lei de Falências, art. 102, § 2.º, III — C. de Mendonça, vol. 6.º, 2.ª parte, pág. 100.

PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO NA IDEOLOGIA DE RUI BARBOSA *)

Paulo Brossard de Souza Pinto

O Rio Grande do Sul sempre foi o lugar e o clima mais propício à discussão das formas. Esperou-se dêle essa contribuição à estrutura do país; mas 1930 e 1946 não permitiram reflexão em tôrno dêsses problemas.

PONTES DE MIRANDA
de uma carta-parecer ao sr. Raul Pilla.

O recuo dos nossos jurisconsultos foi, portanto, um êrro contra tôdas as regras da transmissão e evolução da doutrina jurídica.

RUI BARBOSA.
"Posse dos direitos pessoais."

Rui Barbosa não deixou sistematizado seu ideário jurídico, político, artístico ou filosófico-religioso, divulgado "em meio-século de uma carreira pública incessantemente ativa." [1])

Para que seja preciso em tôrno a determinado assunto, é mister se faça uma espécie de colheita pela seara quase imensurável da sua produção, recolhendo-se, preliminarmente, o que se relacionar ao tema eleito, valorizando-se após os elementos à vista das fases da sua vida e dos momentos históricos em que foram externados, medindo e

*) Trabalho enviado ao Congresso de Direito Constitucional que em homenagem a Rui Barbosa se realisará na Bahia e lido no Instituto da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul, em sessão de 26 de outubro.

1) **Rui** — Entrevista ao "Correio do Povo", in "Campanha presidencial", 1919, pág. 5.
Batista Pereira — "Diretrizes de Rui Barbosa", 1932, pref., pág. 9 — "A imensa obra de Rui Barbosa ressente-se da falta de uma síntese, em que êle próprio tenha resumido os pontos principais do seu *organum*, isto é, do corpo doutrinário das suas idéias."
Luiz Delgado — Rui Barbosa, 1945 — pág. 66 — "Rui não deixara atraz de si um livro plàcidamente escrito onde se buscassem as suas idéias, expostas com ordem e precisão: deixara o rumor e a confusão de um corpo a corpo."

pesando o caráter de generalidade ou de particularidade que ofereçam. Ter-se-á ainda de considerar que a existência de Rui decorreu entre a idade áurea do liberalismo e a do seu declínio, quando, de um lado, a reação evocava "o carcomido nume do Estado arquipotente" contra o "Estado reto, limitado e justo" [2]) e, de outro, um "sôpro de socialização" agitava o mundo, fazendo com que as "constituições que ainda (têm) tivessem por norma as declarações de direitos consagrados no século dezoito" já não correspondessem "exatamente à consciência jurídica do universo." [3])

Assim como se descobre mais de uma fase na simples evolução do seu estilo, surpreende-se no corpo das suas idéias diversos momentos, refletindo retificações de atitudes dantes assumidas. [4])

Ao demais, a si próprio fêz êste reparo: "os frutos da minha vida são escassos e tristes, bem que os meus ideais tenham sido grandes e belos." [5])

Espírito altamente afeito ao trato dos livros, tinha-se "por feliz em não ser um dêsses homens, a quem o tempo e a experiência nada ensinam." ([6])

E embora as suas idéias fundamentais tenham permanecido imutáveis e fiel a elas a sua vida, traçada entre o direito e a liberdade, na frase sugestiva de Alcindo Guanabara, numerosas foram as variações quanto ao modo de realizá-las. [7])

E no setor jurídico-político o ordinário é a mudança com o evoluir dos problemas.

Êle mesmo sentenciou: "é dos homens políticos mudar; mudar é também dos filósofos, é também dos juristas, é de todos os espíritos humanos." [8])

Aliás, "as contradições de um homem com o seu passado não incorrem justamente em censura, senão quando caminham do bem para

2) **Rui** — Correspondência íntima — 2.ª ed. de Afonso Rui, pág. 400.
3) **Rui** — Campanha presidencial — 159.
v. in "Ditadura e República", ed. Fernando Nery, o discurso de 30 de julho de 1921, ao Senado Federal. Mais a citada entrevista ao "Correio do Povo."
4) **Moreno Brandão** — Rui Barbosa, mestre do vernáculo — 53 e segs.
Rui — Queda do Império, 1921, tomo I — LXXXI — in "Obras Completas" v. XVI — t. I — LXXXVI.
Luiz Viana F.º — A vida de Rui Barbosa (ed. do centenário, preciosamente enriquecida) 1949, pág. 369.
5) **Rui** — Discurso proferido no Instituto dos Advogados, 1911, pág. 7.
6) **Rui** — Finanças e política da República — 1892, pág. 154 (a frase é de Bismarck, cit. por Rui.)
7) **Américo Jacobina Lacombe** — prefácio à "Mocidade e exílio", 1934, pág. 11
"Do acêrvo descontínuo de sua imensa produção já se tem dito que encerra tôdas as opiniões concebíveis. permitindo a qualquer pesquisador paciente encontrar o trecho favorável ou infenso à idéia para expor. A acusação é inepta."
v. carta de Rui a Pinheiro Machado, 1905, in Luiz Viana F.º — "A vida de Rui Barbosa", 3.ª ed., pág. 311.
Rui — Finanças e política. 154.
8) **Rui** — Discurso ao Senado, 24-11-904.
in "Comentários à Constituição Federal Brasileira", coligidos e ordenados por Homero Pires, II, 339, 340.

o mal, da verdade para o êrro. Quando, pelo contrário, vão do êrro para a verdade, ou do mal para o bem, não são contradições, mas reformas, não lhe merecem ferrêtes, senão louvores." [9])

Para se apurar o pensamento de Rui a respeito dos sistemas presidencial e parlamentar de govêrno e sua aplicabilidade ao nosso país, o inventário dos textos e a perquirição das idéias se fará de preferência em escritos políticos. Os seus trabalhos jurídicos são de advogado. Conduzia, de ordinário, todos os recursos para a solução exata de um caso concreto, prèviamente enterreirado dentro dos quadros do direito positivo, ainda costumasse dar às alegações um desenvolvimento, um lustre e uma informação inigualáveis. [10])

Mas ainda nos documentos políticos não será fácil a colheita. Em Rui predominou o doutrinador político sôbre o pensador tranqüilo e distanciado da arena dos combates. Mesmo em seu livro mais impessoal não conseguiu forrar-se ao duelo quase forense em que eram partes o exilado e o florianismo. [11])

A REPÚBLICA E O REGIME PRESIDENCIAL

Monarquista em 89, através da sua propaganda pela federação achegou-se aos arraiais republicanos, ofuscando-lhes em brilho, vigor oposicionista e popularidade, e através dela, em 15 de novembro, entrava no govêrno provisório. [12])

Radicalmente avêsso à centralização tradicional, após 13 de maio advogava como salvadora da monarquia a reforma federativa e aos embargantes dela denunciava a solução republicana como corolário irrecusável e fatal. [13])

9) **Rui** — Contra o militarismo — 1.ª série, 60.
10) **Rui** — Discurso ao Senado, em 13-X-1896 (resposta a Cesar Zama) in "Esfola da Calúnia", 1931, pág. 68.
cf. Rubem Nogueira — "O advogado Rui Barbosa", 1949, págs. 26 a 30.
11) cf., por ex., as "Cartas de Inglaterra" com "Balmaceda", de Nabuco.
Rui — Disc. 12-VIII-918, in "Novos discursos e conferências", 1933, pág. 417: "os órgãos de publicidade, que redigí, eram todos êles de política militante; os livros, que escrevi, trabalhos de atividade pugnaz; as situações em que me distingui, situações de energia ofensiva ou defensiva."
12) **Rui** — Queda do Império (ed. Obras Completas) introdução XXII, XXVI, XXVII a XXXVII, LXXXIV.
Anais do Congresso Constituinte da República, 1924, 1.º vol., pág. 618.
Obras Completas — v. XIX, t. I, 265. — (Discursos parlamentares).
Cartas de Inglaterra — ed. 1929, pág. 290.
Orações do Apóstolo — 1923, pág. 122.
Ditadura e República (disc. 14-XII-920) — 222.
Evaristo de Morais — Da monarquia para a república. 112, 114.
13) **Rui** — Cartas de Inglaterra — 290, 1.
Queda do Império — introd. págs. indicadas sob o n.º 12.
Discursos e conferências — 287, 8.
J. Nabuco — Discursos parlamentares — 372, 3.

E não tendo optado pela república senão às suas vésperas, não lhe traçara um plano de organização, mesmo porque, não fôsse a interferência militar, a despeito de ser uma idéia em progresso, não atingiria ela pròximamamente o poder. A república resultou de um acidente, não foi um movimento nacional. [14]) Os vitoriosos de 15 de novembro foram colhidos despreparados para as tarefas de govêrno.

Na primeira semana de administração republicana, um único cérebro pensou e agiu — o de Rui. [15])

Ao demais, a propaganda se fizera numa base negativa [16]), contra a coroa e contra o unitarismo. Nem Rui, liberal independente, nem os pregoeiros do novo credo, haviam deduzido seu pensamento relativamente ao regime de govêrno. [17]) Federação e república eram as vozes aglutinadoras do terceiro partido, fôssem, ao tempo, abolicionistas ou não... [18]) Foi pelo caminho da primeira, embaraçado pelos governantes da época, que Rui, desejoso da "federalização das províncias, sob a presidência parlamentar da monarquia" [19]), atingiu a república.

Em matéria de reivindicações liberais, se é certo que não sobreexcederam os republicanos à ala que tivera em Tavares Bastos seu predecessor, em relação ao regime de govêrno não se verificou propaganda do sistema americano. [20])

Mas, proclamada a nova forma de govêrno e realizada a reforma federativa, soara o momento de vestir jurìdicamente a ordem estabelecida pelos sucessos. E não tardou o govêrno provisório em nomear uma Comissão de juristas para a elaboração de um projeto constitucional [21]), que, vencidas as divergências, [22]) apresentava um, revisto, discutido, aprimorado e enriquecido pelo ministério republicano, através do titular da pasta da Fazenda.

14) **Rui** — prefácio ao livro "O abolicionismo" de Duque Estrada.
Excursão eleitoral ao Estado de São Paulo, 191.
Evaristo de Morais — op. cit., 75, 126.
15) **Dunshee de Abrantes** — Atas e atos do govêrno provisório — pág. 30.
João Mangabeira — Rui, o estadista da República — 1943 — 41 e segs.
Batista Pereira — pref. às "Cartas de Inglaterra", 86 a 96.
16) **Medeiros e Albuquerque** — Parlamentarismo e presidencialismo no Brasil, 1932, págs. 12 e segs. até 26.
Oliveira Viana — "O idealismo na evolução política do Império e da República", 1922, págs. 78, 9.
17) **Rui** — Carta a Dantas — in João Mangabeira, op. cit., 35, 6.
Queda do Império — passagens cit. sob n.º 12 e pág. XXV.
Manifesto Republicano de 1870, in Américo Brasiliense, "Os programas dos partidos e o 2.º império". 59 a 85.
18) **José Maria dos Santos** — A política geral do Brasil — 1930, págs. 207 a 212.
Evaristo de Morais — op. cit., 99 a 106.
Américo Brasiliense — op. cit., 106, 107, 108, 124, etc.
19) **Rui** — Queda do Império — introd. XXVII.
20) **Rui** — introd. à "Queda do Império", XXVII.
José Maria dos Santos — Op. cit., 215, 6.
Medeiros e Albuquerque — op. cit., 12 a 26.
José Augusto — Diário do Congresso Nacional, 17-V-49, pág. 3967.
21) **Maximiliano** — Comentários à Const. Brasileira, 1929, introd. n.º 62, pág. 88. (3-XII-890).
22) **Maximiliano** — op. cit., pág. 88.
Viana F.º — op. cit., 218 e 219, e nota 23 ao cap. XVI, pág. 232.

Tão avassaladora e absorvente foi a contribuição de Rui, que poderia redizer mais tarde, e repetidas vêzes, que a Carta de 24 de fevereiro era principalmente obra sua, tanto acrescera ao antigo projeto da comissão presidida pelo velho Saldanha Marinho. [23])

Mas parece que só depois de ultimado o trabalho dos juristas, encetou Rui a sua ação construtiva na feitura do Diploma republicano, se descontado o decreto n. 1, de 15 de novembro, no que êle encerra de prenúncio àquela lei magna.

Figurando já o sistema presidencial no projeto da Comissão dos Cinco, não é de presumir-se se filie a escolha do estranho molde à influência de Rui. [24])

O que é certo, porém, é que o relator, o vogal do ministério junto ao chefe do govêrno, aceitou e perfilhou a inovação e, à luz da experiência americana então centenária, completou-a e aperfeiçoou-a. Se a repelisse, se a impugnasse, dada a sua ascendência indiscutível e indiscutível superioridade sôbre os seus pares e sôbre Deodoro, possìvelmente não teria passado o presidencialismo de um a outro projeto e dêstes ao texto promulgado em 24 de fevereiro. [25])

Talvez haja assim exagêro na assertiva de que tenha sido Rui "o transplantador do presidencialismo para o Brasil," [26]) adotado sem propaganda, sem debate e na ignorância de suas peculiaridades [27])

A tendência à imitação, a fôrça da inércia para aprovar o que era oferecido pelos antigos propagandistas, o amor à novidade, a desorientação mental típica das quadras revolucionárias, em que as palavras se sobrepõem às idéias, e, repetidas, acabam por dominar sem contraste, [28]) a identificação, sem restrições, com a nova ordem, dos adventícios do regime adotado, a posição defensiva dêste em face do número e do valor dos antigos servidores de coroa, a assimilação das formas republicanas de govêrno e federativa de Estado com o sistema presidencial vigente nos Estados Unidos e a do sistema parlamentar com a monarquia centralizada, explicam a quase unanimidade das decisões, neste particular, do Congresso eleito sob a vigência do Regulamento Alvim. [29])

Promulgada a Constituição, estremecendo pela sua pureza e pelo seu decente cumprimento, inicia Rui, numa luta campal com o autoritarismo, as medidas de exceção, os sofismas de secretaria, uma verdadeira lição de coisas para o povo, os políticos, os advogados, o Supremo Tribunal..., pois as novas instituições acolhidas o foram ao arrepio dos antecedentes parlamentares do país, não tinham raízes nos componentes históricos da nação. [30])

Êle mesmo, embora durante a campanha federalista estudasse alguns aspectos da vida jurídico-política americana, escreveria a Joaquim Nabuco, em 1906, que "a minha admiração da maravilhosa República norte-americana precedeu a minha admiração para com a Inglaterra, na qual depois se absorveram as minhas tendências e os meus estudos. Com a nossa revolução de 89 êles voltaram aos Estados Unidos." [31])

23) **Rui** — Finanças e política — 129.
Oração do apóstolo — 129.
Impostos interestaduais — "O Direito" — XCII — 55.
Contra o militarismo — 1.ª série, 87.
Disc. no Inst. Advogados — 9.
Novos discursos e conferências — 416.
O art. 6.º da Constituição — 1920, 15.
Carta a Epitácio Pessoa — Correspondência íntima — 1.ª ed., 127, 8. — 2.ª ed., 394, 5.
Homero Pires — introd. aos "Comentários" — XII — XIII — XXIX.
Pedro Calmon — pref. ao v. XVII — t. I das "Obras Completas", XI e XII.
Borges de Medeiros — O poder moderador na república presidencial. — 11 e 12.

24) v. os diversos textos, in "Obras Completas" — v. XVII, t. I (A Constituição de 1891), mais o prefácio ao mesmo tomo de Pedro Calmon.
v. Viana F.º — op. cit., 218 e 219. "Ainda uma vez seria êle (Rui) o relator, o redator, e, afinal, o verdadeiro autor da futura Constituição. Aliás, nem sempre haviam transcorrido tranqüilamente os trabalhos da Comissão dirigida por Saldanha Marinho. Nem mesmo a quietude de Petrópolis, onde se instalara, fugindo às inclemências do verão, lograra suavisar-lhe os debates. Três projetos, naturalmente mimados pela vaidade dos autores, entrechocavam-se a cada passo. E a Campos Sales não fôra fácil convencer Américo Brasiliense, republicano cheio de serviços à causa comum, da conveniência de abrir mão das suas idéias parlamentaristas."

25) **João Mangabeira** — op. cit., págs. 41 e segs.
Batista Pereira — prefácio às "Cartas de Inglaterra".
Vianna F.º — op. cit., 211.
Max Leclerc — Lettres du Brésil, 1890, pág. 126.
José Maria Belo — História da República, 1940 — 1.º v. — 54.

26) **Homero Pires** — "Com." — introd. IX.
v. cit. por Homero Pires, o depoimento de Rodrigo Otávio (nota 1, pág. IX).

27) **Homero Pires** — op. cit., pág. V.
Manuel Vitorino — apud Homero Pires, nota 1, pág. VII, da introd. aos "Com."

Clóvis Beviláqua — Juristas Filósofos — 22.
Rui — Discurso ao Senado, 1915 (págs. V a VII da introd. de Homero Pires aos "Comentários").
Medeiros e Albuquerque — op. cit., 12, 19, 20, 21.
Américo Jacobina Lacombe — Rui Barbosa e a 1.ª Constituição republicana — in "Digesto Econômico", n.º 50, pág. 79.

28) **Medeiros e Albuquerque** — op. cit., 23 a 26.
Assis Brasil — Do govêrno presidencial na rep. brasileira — 1934 — 25 a 28.

29) **Rui** — Cartas de Inglaterra — pref. 130, 1.
Campos Sales — Cartas da Europa — apud Lúcio de Mendonça — pref. XXX — I aos "Est. de Direito Constitucional" de E. Boutmy — "ou a autocracia da Rússia ou o regime presidencial: aquêle para as monarquias. se o quiserem; êste para a República."
Maximiliano — op cit., 87. "... o mais engenhoso aparelho de fraude eleitoral que se conheceu no Brasil."
Afonso Celso — Década Republicana — II, 224.
Oliveira Viana — op. cit., 20, 1.
Raul Pilla — avulso da "Câmara dos Deputados."
Emenda parlamentarista, "voto" — págs. 24 e 25, faz uma análise cabal dos Decretos 200 A e 511 (Reg. Alvim).
v. Anais do Congresso Constituinte, 3 vs. as raras divergências de C. Zama, T. Souto, Nilo Peçanha (I, 1091), Rosa e Silva, Frederico Borges, Almeida Nogueira, Oliveira Pinto.
v. Agenor de Roure — A Constituinte republicana — 1.º vol., 346.

30) **Rui** — "Comentários" — I, págs. V e VI.
Batista Pereira — pref. às "Cartas de Inglaterra" — 65.

31) **Carleton Sprague Smith** — "Os livros norte-americanos no pensamento de Rui Barbosa" — 6, 7.

PRESIDENCIALISTA OSTENSIVO

O certo é, porém, que nos primórdios da República ostensiva é a posição de Rui em favor do sistema presidencial.

Em 1892, acorde com a opinião reinante, associava o sistema com a forma de govêrno e proclamava em ásperos acentos: "renunciar ao federalismo é emascular-se. Desistir do fôro republicano é prostituir-se. Da federação não se retrocede para a centralização. Da América presidencial não se volve para a realeza ultramarina."

E apontando o parlamentarismo e o militarismo como os dois inimigos capitais da República, concluía que os agravos carregados à conta do regime republicano ou do sistema presidencial não passavam de uma projeção da diátese monárquica. [32])

E antes dêsse discurso proferido na Baía já despido do mandato legislativo, ao Senado expandia-se em louvores à Constituição que competia "com a mais maravilhosa das organizações republicanas, a dos Estados Unidos, em princípios liberais, em expansão democrática, em instituições federalistas." [33])

E logo após, ao despojar-se da cadeira senatorial, no último capítulo do "Manifesto à nação", revoltava-se por ver "em vez da forma presidencial, do regime americano, uma híbrida procreação da ditadura com o parlamentarismo..."[34])

E em 95, numa passagem de "Duas glórias da humanidade", na opção procedida em favor do regime americano, embora indicasse havê-la feito por exclusão, não se mostrava menos incisivo: "para lhe dar (à Constituição) feição liberal, a constituição dos Estados Unidos era o modêlo, que se nos impunha. Fora dela só teríamos a democracia helvética, intransplantável para estados vastos, e os ensaios efêmeros da França, tipo infeliz, além de oposto às condições de um país naturalmente federativo como o nosso."

E noutra carta, n"O Congresso e a Justiça no regime federal", confessaria que "se estivesse nas mãos de uma revolução converter a realeza pessoal dos Braganças na monarquia parlamentar da casa de Hannover, eu, em 15 de novembro, teria proposto a troca de Pedro II pela rainha Vitória... Privado, porém, de realizar êsse prodígio, obrigado a escolher para a república inevitável a mais satisfatória das formas..." [35])

32) **Rui** — "Discursos e conferências" — 312, 319, 309 e 310.
"A Baía a Rui Barbosa" — 20 e 21, 18 e 19.
33) **Rui** — "Finanças e política" — 283.
34) **Rui** — idem — 398.
35) **Rui** — Carta de Inglaterra — 291 e 389, 390.
relativamente ao "poder pessoal" cf. "Com." — III, 312 e 320 (Discurso ao Senado, 16 — VI — 914).
"Uma campanha política" — 192 — cit. sob n.º 127.

POSIÇÃO CRÍTICA

E daí uma posição crítica vai dominando o espírito de Rui, que já em 92, na memorável petição de habeas-corpus, acentuava ao Supremo Tribunal que, consoante o lado para onde pendesse ao decidir a espécie, êle revelaria "se entramos realmente, pelo pacto de 24 de fevereiro de 1891, no domínio de uma constituição republicana, ou se essa exterioridade apenas mascara a onipotência da mais dura tirania militar", sob a qual "o país está virtualmente convertido numa praça de guerra, a liberdade, para os cidadãos brasileiros não fica sendo mais que uma esmola precária da fôrça, e a revolução de 15 de novembro, mãe das novas instituições, mãe dêste tribunal, não terá servido senão de transferir para nós o cativeiro, de que em 13 de maio emancipamos os escravos." [36])

No ano imediato, na campanha jornalística "com a lei, pela lei e dentro da lei" [37]), ponderava: "O presidencialismo americano sem a responsabilidade presidencial, porém, é a ditadura canonizada com a sagração constitucional. Basta a eliminação dêste corretivo, para que todo êsse mecanismo aparente de freios e garantias se converta em mentira." [38])

E de volta do exílio, agradecendo a homenagem que o "Jornal do Comércio" rendia ao autor das "Cartas de Inglaterra", voltaria à tese que, exposta na primeira petição de habeas-corpus, sustentaria repetidamente até o discurso de posse na presidência do Instituto dos Advogados, e que junto com a anteriormente referida, passaram a constituir as duas condições sem as quais o regime americano seria o mais detestável dos métodos de govêrno.

Orava êle: "Os decretos da administração, as leis do Congresso seriam citados perante êles (os Tribunais) e por êles acareados com o direito constitucional. Envolvido no manto dêste e apoiado na autoridade dos juízes, o indivíduo inerme lutaria vitoriosamente contra a vontade das maiorias e o arbítrio das ditaduras administrativas. Esta feição, a mais bela do regime americano, imprime-lhe, acima de tudo, um caráter fundamentalmente jurídico. Mas também se êsse caráter se anula, o regime americano degenera no mais detestável dos governos." [39])

Da tribuna da imprensa, por onde se acostumara a conversar com os seus compatriotas "na mesma plenitude de franqueza com que me dirigisse para dentro de mim mesmo" [40]), em 98, registrava que "na

36) **Rui** — O Estado de sítio — Rio, 1892, págs. 6 e 7.
37) **Rui** — Finanças e política — 399.
38) **Rui** — "Comentários" — III, 433, 4. (Jornal do Brasil, 26-V-893). Obras Completas, XX-II pág. 47.
39) **Rui** — "Orações do apóstolo" — 123.
40) **Rui** — "Orações do apóstolo" — 119.

forma política onde se moldou a Constituição brasileira, todos os grandes pensadores, todos os observadores de valor são unânimes em reconhecer e temer o poderio dos Presidentes. Dos freios e contrapesos, a que o regime parlamentar submete a coroa dos Monarcas, a República Presidencial exonerou a autoridade do Chefe do Poder Executivo. Todo êste ramo da energia constitucional absorve-se numa só individualidade, sôbre a qual nenhuma ação têm os Ministros e o Congresso. Em vez de ser governado por uma Comissão do Parlamento, o país é regido pela discrição de um homem, cuja fôrça igualaria a do Tzar, ou do Sultão, se o curto período do seu ascendente o não desarmasse, a descentralização federativa o não circunscrevesse, e o papel extraordinário da Justiça Federal lhe não criasse obstáculos à ditadura." [41])

E da tribuna da imprensa passa à do Senado para, no mesmo mês advertir que "se há uma coisa a estranhar na nossa história política, pelo menos, é esta a impressão causada no meu espírito, é que se há um poder forte, um poder onipotente, cujo pedido de faculdades não se possa tomar ao sério, um poder que só carece de ser limitado, contra o qual os direitos constitucionais têm necessidade de se rodear de novas garantias, é o Poder Executivo." [42])

Um ano depois, na sua "Imprensa", "órgão retilíneo e inflexível do direito" [43]), cauteriza as formas do novo regime nestas palavras formalmente condenatórias, que nem passaram despercebidas aos monarquistas, interessados em lançar contra a república aquilo que, se decorria do que efetivamente surgira com ela, dela não era mais que atributo acidental e dissociável:

"Entre nós a êsse respeito, dizia em referência às Câmaras, da Monarquia para a República a decadência foi considerável."

E, verificando que a corrente histórico-social do país não sofrera alteração, raciocinava: "E' a mesma linfa, o mesmo leito, o mesmo volume. Apenas se modificaram as formas constitucionais." [44]) E no Senado, ao discutir a lei orçamentária, profligava: "Não venho discutir nem formular emendas. Emendar ou discutir seria violar a senha da época. A senha da época é votar. Há quatro ou cinco anos que o senado não faz, que lhe não deixam o direito de fazer outra coisa no exercício da sua função suprema... Hoje especialmente em matéria financeira, neste regime, qual o tem feito a nossa vocação admirável para êle, o senado tem a honra de não ser mais do que o grande carimbo do presidente da república... Bem haja esta nossa resignação, esta serenidade nossa. Graças a elas, desfruta o senado a bem-aventurança atual

41) **Rui** — Obras Completas — XXV — I — 94. (A Imprensa, 1898).
42) **Rui** — "Com." II, 332 (Senado — 21-X-98).
43) **Rui** — Colunas de fogo — ed. Fernando Nery — 189.
44) **Rui** — "A Imprensa".
apud "A década republicana", II — 249.
capítulo relativo à "Imprensa" de Carlos de Laet.

da sua inutilidade e pode gabar-se de que se acha virtualmente abolido. Consolidem-se êstes bons costumes, e teremos então resolvido o problema da pedra filosofal em matéria de formas constitucionais, firmando uma república, onde o govêrno seja exercido exclusivamente por uma Câmara ao aceno do chefe do poder executivo." [45])

Dir-se-ia que Rui rejeitava definitivamente o grosseiro mecanismo de govêrno, "as formas constitucionais" adotadas com a república, sempre esquiva aos decantados freios e contrapesos do regime, com a exoneração da responsabilidade de ambos os poderes políticos, as Câmaras amesquinhadas a um locutório sem reflexo no traçado da política geral do país.

Ainda acreditava, porém, na possibilidade, e pregava a necessidade de uma aplicação honesta da Lei Suprema. Tanto podem no homem as suas obras, quando por elas se estremece através das "afinidades morais da paternidade", postas à prova até no exílio. [46])

O regime republicano, como vinha sendo praticado, não se avantajava ao imperial, mas Rodrigues Alves tentaria a "recomposição material do território e a recomposição moral do regime [47]), e Rui, envelhecido na experiência dos costumes e dos homens políticos, desencantado de ilusões estéreis, disposto a dobrar-se às transações necessárias [48]), resolve "tentar o outro caminho, menos fácil, menos simpático, menos aplaudido, menos brilhante: de ver se lograria auxiliar um pouco a obra dos governos com o apoio da sua (desta minha) têmpera, da sua (minha) educação jurídica e liberal, tão longamente posta ao serviço das oposições." Dispusera-se a trocar "a popularidade pela responsabilidade." [49])

Não obstante, tais intenções ditadas na fase construtiva da República não embaraçavam fôsse comunicando ao Senado o resultado dos seus estudos.

"Os Estados Unidos, nos tempos organizados e calmos, orava êle em 903, são o despotismo exercido por seis indivíduos: o Presidente da República, o Secretário do Estado, o Secretário do Tesouro, o Presidente da Câmara dos Deputados e os dois Presidentes das duas Comissões de Finanças... Êstes seis indivíduos são os árbitros da política americana, são os membros, na linguagem dêstes escritores, dêste absolutismo irresponsável, ao qual obedece a política dos Estados Unidos, nos tempos ordinários e calmos." [50])

45) **Rui** — Discurso ao Senado, 9-XI-899.
apud "A década republicana", II, 249 e
Olímpio Ferraz de Carvalho — "Sistema parlamentar" — 327, 8.
46) **Rui** — Orações do apóstolo, 131: "Foi à custa de havê-las sustentado (as verdades constitucionais havidas então como heresias de lesa majestade) que comprei a honra da perseguição e do exílio".
47) **Rui** — Novos discursos e conferências, 213, 14.
48) **Rui** — Carta a Pinheiro Machado, apud Viana F.º — op. cit., 311.
49) **Rui** — Novos discursos e conferências — 248.
50) **Rui** — "Com." III — 63. (Senado, 12-XI-903).

Mas a transação não se converteria em oportunismo, nem se demoraria o apoio daquela têmpera liberal, quando "a política republicana continuava (continua) a ser um simples jôgo de nomes próprios" e o exercício do poder "o único instrumento eficaz para o bem nesta terra." [51])

As novas "formas constitucionais" haviam restabelecido um poder pessoal em proporções inauditas ao tempo do segundo reinado e só equiparáveis ao em que "o primeiro imperador dispunha das liberdades nacionais" [52]) e o govêrno de gabinete não medrara ainda à margem da Carta outorgada. [53])

Mas o poder pessoal, de que se fizera "tenaz adversário" sob o Império, decorria da total independência do govêrno em face da representação popular, da conjugação na mesma pessoa dos papéis de chefe do Estado e chefe do govêrno, da libertação prática dos reflexos de opinião do eleitorado desde o sufrágio, da fixidez dos mandatos, da República cesarizada pelo presidencialismo.

PROPOSITURA DA QUESTÃO

A campanha civilista vai inaugurar uma fase no pensamento jurídico-político de Rui, relativamente ao regime de govêrno. O desfecho do período civil da República, consolidada e liberta das irritações revolucionárias, trecho de bonança e progresso, denunciava a rigidez e o artificialismo das novas "formas constitucionais". A comunhão, num só indivíduo, das funções de primeiro magistrado e dirigente da administração, funções diferentes e às vêzes contraditórias, acaba por excluir a figura do magistrado, na qual Nabuco [54]) via uma necessidade da América do Sul, mas que é comum a todos os grupos humanos. Daí o aparecimento de uma outra fôrça, de um outro poder", em contraste aos dispositivos básicos que dela não cogitam senão para proclamá-la defensora da pátria e garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, "poder" inepto a fazê-lo, mas que tenta, por vêzes, restabelecer a harmonia social, deslocando o eixo da política, como registrou em frase equívoca, em 1909, o velho redator do primeiro Manifesto republicano — o *poder* do quartel.

51) **Rui** — Carta a José Marcelino — in Viana F.º — op. cit., 325, 326
52) **Rui** — Discurso ao Senado — 16-IV-914. "Com." III, 320.
53) **Joaquim Nabuco** — Um estadista do Império, 1936, I, 51.
Afonso Celso — Oito anos de parlamento — 289 a 303.
Oliveira Lima — O império brasileiro — 68 a 92.
José Maria dos Santos — op. cit. (êste é o tema central do livro).
Olímpio Ferraz de Carvalho — op. cit., idem.
Otávio Tarquínio de Souza — Diogo Antônio Feijó — 220, 222, 223, 229, 238, 272, 273.
Luiz Delgado — op. cit., 9.
54) **Joaquim Nabuco** — Balmaceda — 1937 — 176, 21 e 22.
Rui — "Excursão eleitoral ao Estado de São Paulo" — 1909 — pág. 61.

Na qualidade de candidato à presidência da República, pela primeira vez Rui vai equacionar o problema do sistema de govêrno, e embora o resolva pelo simples aperfeiçoamento do vigente, reconhece que "a natureza democrática das nossas instituições nada perderia com a substituição do govêrno presidencial pelo govêrno de gabinete", explanando ainda, em seqüência, que no confronto entre um e outro tipo "as formas parlamentares levariam a melhor; porque mais vale, no govêrno, a instabilidade que a irresponsabilidade." [55])

Como se vê, prendiam ainda o "mártir da convenção" de 22 de agôsto, os vínculos das "afinidades morais da paternidade" constitucional, renovados em cada defesa contra os sofismas, êle que era "um mestre-escola, um pregador, um mártir dessa Constituição." [56])

E' que a evolução do pensamento de Rui, no aspecto que vem sendo focado, se operou não só numa gradação lenta, mas também vencendo como que uma resistência, originária da sua solidariedade intelectual ao Código de 91, visto sempre no conjunto de seus elementos constitutivos ou dos que benèficamente enxertara no processo constitucional brasileiro.

Mas Rui, que se limitara até então a criticar o presidencialismo, em 910, ainda que opusesse dificuldades em conciliar o govêrno de gabinete com o Estado federativo, idéia antiga e não original [57]), problematizou o debate, antecipando-se "aos breves anos" em que "se venha a *impor* a sua discussão." [58])

Embora reconhecesse porém, a superioridade, pelo menos teórica, do parlamentarismo, regime que Campos Sales imaginava ser inerente à monarquia, não propugnava ainda a sua adoção.

E essa atitude no momento era lógica e política — no melhor sentido — ainda que deixasse expresso que "a ausência de responsabilidade (que), reduzida nas instituições americanas ao "impeachment" do chefe da nação, não passa de uma ameaça desprezada e pràticamente inverificável", quando já sentenciara que "o presidencialismo americano sem a responsabilidade presidencial, é a ditadura canonizada com a sagração constitucional." [59])

Extremar-se em propor a mudança do sistema de relações entre os poderes políticos, a par de outros retoques reputados de visível oportunidade, abrindo com "ela o primeiro ensaio de reforma constitucional, seria expô-la, quase com certeza, ao malôgro, em tópicos

55) **Rui** — Excursão eleitoral aos Estados da Baía e Minas Gerais — 1910 — págs. 25 e 26.
56) **Rui** — Contra o militarismo — 1.ª série, 87.
57) **Rui** — Cartas de Inglaterra — 291.
Felisbelo Freire — História Constitucional da República, 1894, I, 142.
Agenor de Roure — op. cit., 346.
58) **Rui** — op. cit. sob n.º 55 supra, pág. 25.
59) **Rui** — op. cit. supra — 26 e "Com." III, 434 (Jornal do Brasil, 26-V-893).
Obras Completas — XX-II-47 (A ditadura de 1893).

a respeito dos quais era (é) exeqüível, por açodamento em relação a um problema ainda não maduro, contra o qual as exigências da ortodoxia republicana eram (são até agora) irredutíveis." [60])

Depois, o candidato tinha o apôio de algumas dessas correntes "da ortodoxia republicana" [61]) e a tarefa revisionista não constituía o objeto capital do civilismo. Acoimado de partidário da reforma, em contraste aos seus adversários que se assoalhavam conservadores, Rui aceitou o plano em que se colocava a disputa, que, aliás, se conciliava com seu distante passado, [62]) mas o movimento civilista nasceu se opondo à deturpação do regime: à intervenção do presidente na escolha do seu sucessor, ao *caucus* legislativo, à política dos governadores, à fraude eleitoral... [63])

Assim, se como pensador não concluíra pela necessidade do regime parlamentar, como solução decente a um dos nossos problemas políticos, como candidato não deveria mesmo chegar a uma fórmula radical, pois se é certo que o político autêntico deve orientar e educar o povo — e quantas renúncias de Rui não tiveram êsse sentido! — sementando-o de idéias novas, um candidato à presidência da República, que não é um *representante*, tratando-se de eleição singular, ajusta-se mais à conceituação de Bagehot do estadista democrático, "um homem pouco corrente dotado de opiniões correntes", mais deve refletir expondo, do que inovar propondo. [64])

Demais, é de aduzir-se que, relativamente às "formas constitucionais", guardava Rui ainda posição semelhante à que mantivera em relação à forma de govêrno. No prefácio às "Cartas de Inglaterra" esclarecera que "o interêsse do país não está em ser governado consoante a fórmula dêste ou daquele sistema (monárquico ou republicano), senão sim em ser bem governado; e os governos bons são os temperados e fiscalizados pela discussão", e em plena campanha civilista confessava que "a República é uma forma. A substância está na liberdade." [65])

Transcorrida, porém, a fase áurea daquela República, a que re-

60) **Rui** — op. cit. sob n.º 55, pág. 25.
61) **Rui** — Contra o militarismo, 1.ª série, 86: "O meu programa, querem êles, não poderá ser senão o revisionismo."
João Mangabeira — op. cit., 132.
62) **Rui** — carta a Pardal Mallet — "Correspondência" — 1933 — ed. Homero Pires, págs. 46 e segs.
Obras Completas — XXV, t. I, (A Imprensa) 1898, págs. 16, 18.
63) v. a correspondência trocada na época entre Rui, o Presidente Afonso Pena, Pinheiro Machado, Azeredo e Glicério — "Correspondência" — entre 167 e 217.
João Mangabeira — op. cit., 117 a 123.
Luiz Viana F.º — op. cit., 362 a 371.
64) **Raul Pilla** — "Exegese de um preconceito" — artigo publicado no "Diário de Notícias" de Pôrto Alegre, de 11-I-46.
65) **Rui** — Contra o militarismo — 1.ª série — 132.
Cartas de Inglaterra — 290, 130.
Queda do Império — introd. — XXVII.
já sob o império — "Elogio de José Bonifácio" (in Figuras Brasileiras) 137 a 142.

cusaria, em breve, sentir preferência, "como se República daquela (desta) natureza merecesse a predileção de alguém" [66]) que tivesse uma têmpera liberal e uma formação jurídica, e cujo mecanismo perro e artificioso mesmo os presidentes mais austeros, honestos e empreendedores se revelaram incapazes de superar, Rui começa a articular o seu libelo acusatório contra o sistema presidencial, contra o regime que seria o mais detestável de quantos existissem, o do *absolutismo irresponsável*, se falhasse o impeachment como apurador da responsabilidade presidencial ou os pretórios não se tornassem o abrigo, à semelhança dos velhos templos, dos direitos individuais.

ARTICULAÇÃO DO LIBELO

Logo em 1911, à face do Senado, testificava categórico: "neste regime, não há senão mentira, mentira e mentira! Mentem as leis, mente a Constituição, mente o Govêrno, mente o Congresso, tudo mente!" [67])

E' que o regime presidencial é um processo de govêrno codificado e ossificado numa época em que eram mínimas as funções da administração, e resultou de uma conciliação que visava solucionar um problema nacional, em pleno século XVIII; não suporta assim a complexidade e o ritmo da vida moderna, exceto em seu país de origem, onde, aliás, os costumes desprenderam-se das fórmulas legais, sendo um regime que seguidamente se estilha frente à resistência dos fatos, em ditaduras mais ou menos ostensivas e em revoluções mais ou menos pronunciadas. [68])

A IRRESPONSABILIDADE

Da responsabilidade presidencial, sem o que o regime americano seria "a ditadura canonizada com a sagração constitucional". já asseverara — "reduzida, nas instituições americanas, ao impeachment do chefe da nação, não passa de uma ameaça desprezada e pràticamente inverificável", [69]) e em 1913, após registrar as inúteis tentativas de

66) **Rui** — aparte dado a Pinheiro Machado, in "Pinheiro Machado, Discursos pronunciados no Senado Federal sôbre a Anistia aos marinheiros, o caso do satélite e a intervenção no Estado do Rio" — 1915 — pág. 48.
67) **Rui** — "Com." V, 492. (Senado — 30-V-911).
68) **Rui** — "O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional", 1910, I, págs. 69 e segs, "... a constituição americana ora em vigor seja, em grande parte, obra pretoriana, da magistratura federal..." (pág. 70).
Pinto Ferreira — "Princípios gerais do Dir. Constitucional Moderno" — 1948 — págs. 60, 1.
Nabuco — Balmaceda — 49.
Anais da Assembléia Constituinte, 1946, III, 56 e 57. v. apartes do dep. Agamenon Magalhães ao discurso do dep. Raul Pilla.
Rui — op. cit, sob n.º 55, pág. 33 — "... acredito que ainda mais importante do que a estabilidade, num sistema de govêrno, é a sua dutilidade em se reformar sem revoluções."
69) **Rui** — op. cit. sob n.º 55, pág. 62.

responsabilizar o chefe do Estado, certificava na mais autêntica das certidões: "daí em diante ninguém mais enxergou na responsabilidade presidencial senão um tigre de palha. Não é sequer um canhão de museu, que se pudesse recolher, entre as antigualhas históricas, à secção arqueológica de uma armaria. E' apenas um monstro de pagode, um grifo oriental, medonho na carranca e nas garras imóveis." [70])

Surpreendida em flagrante a irresponsabilidade congênita ao regime, será ela uma idéia torturante ao seu espírito estruturalmente democrático, sensível à lei, segundo a qual, "acima de tôdas as leis positivas sobranceia a primeira de tôdas as leis morais inerente à natureza das coisas: a lei que liga, inseparàvelmente, à ação a responsabilidade." [71])

Na mesma época condensava assim esta reflexão atroz aos seus ideais: "hoje, a irresponsabilidade é o tecido mesmo do regime. Responsáveis, debaixo dêle, só os homens bons, os inocentes, os amigos da lei, por guardarem a pureza dos seus sentimentos, terem a coragem das suas idéias, e não se meretriciarem nesse vasto lupanar, em que homens e instituições vão apodrecendo. Nada escapa dêsse exício geral. Tudo se vai, tudo se perde, tudo acaba. Tudo ruínas, ruínas e ruínas." [72])

E no ano imediato, em 914, estudando a competência dos poderes políticos na decretação e suspensão do estado de sítio, asseverava que "os tesouros da irresponsabilidade e onipotência do Presidente no regime brasileiro" cresceriam incomensuràvelmente se, decretado pelo executivo, não pudesse o Congresso, reunido, impedí-lo, suspendê-lo ou julgá-lo. [73])

A FALÊNCIA DO IMPEACHMENT

A verdade é que a falência do impeachment, processo apurador da responsabilidade no presidencialismo, não é originalidade da experiência brasileira. Sendo um processo de *formas* criminais, (ainda que não seja um procedimento penal *estrito)*, repressivo, a posteriori, seu manejo é difícil, lento, corruptor e condicionado à prática de atos prèviamente capitulados como crimes. Seria punitivo, se lograsse ser aplicado alguma vez, pois ainda pôsto em movimento, dificilmente chega a cumprir seu objetivo pela morosidade de fases que lhe é inerente. Dado, porém, que o alcançasse, não preveniria a prática do ato daninho ao bem público.

70) **Rui** — Ruínas d eum govêrno — 1931 (ed. F. Nery) pág. 97.
O Direito do Amazonas, II, 583.
71) **Rui** — "Pensamentos" — coligidos por Moysés Horta, 1925, pág. 59.
Raul Pilla — Anais, 1946, III — 59. "A responsabilidade é inseparável da ação. Trata-se de uma lei do mundo moral."
72) **Rui** — Ruínas de um govêrno — 125, 6.
73) **Rui** — Discurso ao Senado — 4-V-914. "Com." III, 296.

Fora do traçado da lei de responsabilidade, os atos e medidas de um governante, mesmo sejam nocivos aos interêsses gerais, uma vez não se enquadrem nas molduras da lei, inaplicável torna-se o "juízo político", inexistindo, de outra parte, recurso hábil, na estrutura do regime, para corrigí-los.

Na Inglaterra, desde o advento do regime parlamentar, o instituto, pelo seu primitivismo, pereceu. Perempto é na França. Nos Estados Unidos não passou de tentativa frustra; na Argentina é "uma instituição inútil" e no Chile "tem mais vida na literatura jurídica do que na realidade". Entre nós, se antes de estabelecido o parlamentarismo, com o seu específico equilíbrio de poderes, promoveram-se acusações a ministros, recurso que se estiolou à medida que a visão genial de Vasconcelos se objetivava nas praxes constitucionais, após a república, embora as tentativas se sucedessem, não passou de "um tigre de palha." [74])

Mas o próprio Rui, no ocaso do império, nas páginas fumegantes do "Diário de Notícias", não predissera que "o malôgro desta sanção penal no caso do presidente Johnson ficará, provàvelmente, constituindo lição terminante contra êsse meio de reprimir, no futuro, os delitos do chefe do Estado?" [75])

Boutmy fôra definitivo em seu julgamento: "é uma arma pesada e pouco manuseável, que, salvo caso de traição patente, só serve para dormir pendente da parede no museu das antigüidades constitucionais," [76])

Êle mesmo já professara: "o impeachment, o julgamento político dos funcionários do Estado, pereceu na Inglaterra com o advento do govêrno parlamentar, desde que o gabinete, pelos fins do século dezoito, assumiu forma definitiva como a suprema autoridade executiva do Estado, representando, perante a Coroa anulada, uma comissão onipotente da Câmara dos Comuns. Sob êsse regime, o Soberano, incapaz de fazer mal, porque não faz nada, justo é que seja inviolável, e os Ministros, que não podem contrariar o Parlamento, sem cair, pelo desapoio das maiorias, têm por julgamento político os votos parlamentares de desconfiança." [77])

E' que o regime parlamentar representa um estágio mais adian-

74) **Rui** — Novos discursos e conferências — 351.
Esmein — Droit Constitutionnel, 1906, págs. 109 a 113.
Rottschaefer — On Constitutional law — 1939, págs. 412, 13.
Rafael Raveau — Derecho Constitucional Chileno — 1939, pág. 222.
Aurelino Leal — Teoria e pnática da Constituição Federal, 470.
Anibal Freire — Do poder executivo na república presidencial, 1916 — págs. 127 a 133.
Afonso Celso — A Década Republicana — II, 207. Sôbre a acusação dos ministros sob o 1.º império.
75) **Rui** — Queda do Império — Obras Completas — XVI — II — 310.
76) **Boutmy** — Estudos de Direito Constitucional, trad. L. de Mendonça, pág. 81.
77) **Rui** — Jornal do Brasil — 26-V-893.
"Com." III — 433, 4.
Obras Completas — XX-II-46, 7.

tado da democracia representativa, quando os governantes respondem efetivamente perante os deputados do povo, poder originário dela. O regime parlamentar, com o seu sistema de correlações e conseqüente equilíbrio de poderes, supera o "conflito permanente organizado pela própria Constituição." [78]) É-lhe inerente a responsabilidade política, medida preventiva e expedita, que, para se objetivar, não exige sequer uma infração por parte do govêrno, pois sendo tìpicamente um julgamento político, e aferindo ùnicamente a conveniência e o acêrto da política governamental, afasta a possibilidade dos erros chegarem ao extremo de ferir os dispositivos da lei de responsabilidade, para só então ser pôsto em movimento aquêle canhão de cem toneladas, na frase de Bryce. [79])

FUNÇÕES DAS CÂMARAS

Depois, "as cadeiras da Câmara e do Senado (já) não são, como no sistema parlamentar, os degraus para o govêrno do país, que o presidencialismo concentrou nas mãos do presidente da República, circunscrevendo estritamente os legisladores na função de legislar", [80]) e acarretou a nomeação do chefe do govêrno pelo sufrágio do povo, [81]) por um prazo pré-fixado, seja ou não a capacidade adequada às circunstâncias, permaneçam estas ou se transformem no curso do período governativo, fato que inspirou Bagehot a sentenciar que "o êxito de uma loteria não é um argumento em favor das loterias." De outro lado, a função de legislar, que não é a única nem seria a mais importante do legislativo, pode realizar-se até em antagonismo com os desígnios do executivo, quando os poderes deviam marchar harmônicamente, como queria Montesquieu. [82])

UMA SEMI-DITADURA

Ao assumir a presidência do Instituto dos Advogados, em 914, depois de sublinhar que os excessos da administração e das maiorias legislativas são dez vêzes mais arriscados e amiudados no regime americano do que sob o parlamentar, refere-se à suposta responsabilidade do executivo com o rigor destas expressões: "ninguém se acautela, se defende, se bate contra as ditaduras do Poder Executivo. Embora o Poder Executivo, no regime presidencial, já seja, de sua natureza, uma semi-ditadura... Para êste poder já existe uma lei de responsabilidade.

78) **Boutmy** — op. cit. sob n.º 76, pág. 81.
79) **Bryce** — "The American Commonwealth", trad. francesa, 1911, I, 314.
80) **Rui** — O Direito do Amazonas — II, 582.
81) **Assis Brasil** — Do govêrno presidencial — 1934, págs. 192 e segs.
Democracia representativa — 1931, 239, 246.
82) **Montesquieu** — De l'esprit des lois — XI, cap. VI.

A Constituição a exigiu. A primeira legislatura do regime deu-se pressa em a elaborar. A medida tinha por objeto atalhar a degeneração da presidência numa ditadura permanente. Mas os nossos estadistas se contentaram de a estampar no *Diário Oficial*, e arquivá-la na coleção das leis. Raros são os seus artigos em que não hajam incorrido os nossos presidentes. Alguns a têm violado em quase todos... ainda não houve presidente, nesta democracia republicana, que respondesse por nenhum dos seus atos." E ainda: "A jurisprudência do Congresso Nacional está, pois, mostrando que a lei de responsabilidade, nos crimes do chefe do Poder Executivo, não se adotou senão para não se aplicar absolutamente nunca. Dêste feitio, o presidencialismo brasileiro não é senão a ditadura em estado crônico, a irresponsabilidade geral, a irresponsabilidade consolidada, a irresponsabilidade sistemática do Poder Executivo." [83])

Uma mentalidade que se educara no "trato usual do direito" e se afizera ao "hábito de seu estudo e à influência penetrante da sua assimilação" [84]), não permaneceria duradouramente fiel ao sistema que era mais do que uma *semiditadura*, mas *uma ditadura em estado crônico*, situação que se consuma porque o regime desconhece meios adequados a oferecer uma limitação equilibrada e eficaz entre os poderes, ignora os recursos para recompor o equilíbrio porventura desfeito entre êles, pois tendo ambos uma duração predeterminada, e desfazendo-se os laços entre representantes e representados realizada a operação eleitoral, apaga-se a possibilidade da "opinião pública pôr em movimento o parlamento e o parlamento, o gabinete" [85]), como, aliás, seria lógico num govêrno do povo pelo povo.

O que da suposta e intitulada independência dos poderes deriva é, ou a submissão de um, ou o conflito que a ambos paralisa, além da incoordenação na tarefa administrativa; "é a ataxia em matéria de administração, porque o órgão que delibera não influi diretamente no que executa, nem o que executa reage normalmente sôbre o que delibera, como exigiriam as leis fundamentais da organização." [86])

ESTIOLAMENTO DA OPINIÃO

A conseqüência de tal regime, arbitrário nas suas leis, artificioso no seu mecanismo, inflexível na sua dinâmica, arcaico na sua gênese, é o estiolamento da opinião pública, jarretada na sua influência sobe-

83) **Rui** — Novos discursos e conferências — 350 e 343.
84) **Rui** — Discurso no Instituto dos Advogados — 1911, pág. 7.
85) **W. Ivor Jennings** — El regimen constitucional ingles — trad. esp. — 176.
86) **Raul Pilla** — "O regime político e a administração pública", pág. 5. (Câmara dos Deputados, sessão de 17 de setembro de 1947).
Raul Pilla — Anais da Assembléia Constituinte, VI, 387, 8.
Clóvis Beviláqua — Linhas e perfis jurídicos — 85, 86.
Silva Marques — Direito Público e Constitucional — 1919, pág. 202, nota 1.

rana. O povo, "porque já não ouve, se desaveza de falar, para ao cabo, perder, também, a fala. No fim de contas se reduziu a uma pesada massa incônscia e surdo-muda; porque à fôrça de não escutar nada, se lhe gastou a oitiva e a linguagem, mergulhando-se-lhe a vida na surdez e na afasia", [87]) diria mais tarde, numa das suas campanhas memoráveis.

Mas o fenômeno ficou registrado no segundo discurso ao Instituto dos Advogados: "a opinião pública, mergulhada numa indiferença crescente, entregou-se de todo ao mais muçulmano dos fatalismos. Com o reinado sistemático e ostentoso da incompetência, cessaram todos os estímulos ao trabalho, ao mérito, e à honra." [88]) E já anteriormente definira sua repulsa ao regime que "em vez de ser governado por uma Comissão do Parlamento, o país é regido pela discrição de um homem" e "sôbre o qual nenhuma ação têm os ministros e o Congresso", nesta frase tristemente verídica: "é uma confraria de irresponsáveis, governando, pela sua irresponsabilidade, uma nação insensível." [89])

E' fôrça concluir que um regime de govêrno irresponsável, mesmo derive de eleição popular, só muito remotamente será um govêrno democrático. Mais fácil é transformar-se, segundo a expressão corrente, numa ditadura a prazo fixo, pois se não há democracia sem eleição, pode haver eleição, sem democracia. [90])

A CUSTÓDIA DOS TRIBUNAIS

Extinta a responsabilidade presidencial, "absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa", [91]) só restava para salvar o regime de degenerar-se "no mais detestável dos governos; o despotismo sem os freios da tradição, o parlamentarismo sem o ascendente das capacidades, a realeza sem a limitação das ambições, a burocracia sem a estabilidade administrativa, o federalismo com os defeitos autoritários da centralização e a centralização com os vícios dispersivos do federalismo" [92]), só restava a custódia dos tribunais aos direitos do indivíduo.

E timbrando pelo mesmo diapasão, quatro lustros mais adiante, ao ser empossado na presidência do Instituto dos Advogados, exalçava assim a missão da Justiça: "o presidencialismo não tendo, como não tem, os freios e contrapesos do govêrno parlamentar, viria a dar na mais tremenda forma do absolutismo, no absolutismo tumultuário e irresponsável das maiorias legislativas, das multidões anônimas e das

87) **Rui** — Campanha presidencial — 178.
88) **Rui** — Novos discursos e conferências — 340, 1.
89) **Rui** — Ruínas de um govêrno — 97.
90) **Raul Pilla** — "Voto sôbre a emenda parlamentarista", pág. 3.
91) **Rui** — "A gênese da candidatura do sr. Wenceslau Braz" — 1915, pág. 37.
92) **Rui** — Orações do apóstolo — 123.

máquinas eleitorais, se os direitos supremos do indivíduo e da sociedade, subtraídos pela Constituição ao alcance de agitações efêmeras, não tivessem na justiça o asilo de um santuário impenetrável."

E depois: "em todos os regimes livres, os poderes políticos têm freios e contrapesos à sua vontade, inclinada sempre a transpor as barreiras legais. Sob o govêrno de gabinete, êsses freios e contrapesos estão, quanto ao poder executivo, na responsabilidade ministerial, e, quanto às Câmaras legislativas, na dissolução do Parlamento. Com o govêrno presidencial, onde não existe nem o apêlo das maiorias parlamentares para a nação, nem a responsabilidade parlamentar dos ministros, a garantia da ordem constitucional, do equilíbrio constitucional, da liberdade constitucional está nesse templo da justiça..." [93])

Mas, como a responsabilidade presidencial, falhara em tôda linha a interferência libertadora dos tribunais. A valia *política* da "mais bela instituição republicana" "num regime em que a toga é a única moderadora das paixões" [94]), o merecimento daquela condição apontada como regenerativa do sistema "de sua natureza uma semi-ditadura" foi apreciada no mesmo ano, em 914, quando ao Senado discorria sôbre "A gênese da candidatura do sr. W. Braz".

Dizia êle então: "os nossos governos nunca se acomodaram a êste freio da justiça, que é a característica do regime americano, criando um sistema de govêrno, em cujo movimento o mecanismo da responsabilidade dos altos funcionários do Estado se acha muito imperfeitamente garantido, criando um sistema de govêrno no qual a irresponsabilidade é, em última análise, a condição permanente dos dois poderes políticos da nação — o poder legislativo e o poder executivo. Quis o espírito judiciário dos nossos irmãos da América do Norte que num terceiro poder existisse uma barreira contra os excessos políticos, contra a onipotência das maiorias parlamentares, contra a tendência absorvente do poder executivo."

E em seqüência ponderava: "onde o govêrno se realiza pelo sistema parlamentar, o jôgo das mudanças ministeriais, dos votos de confiança, dos apelos à nação, mediante a dissolução das Câmaras, constitui uma garantia, já contra os excessos do poder executivo, já contra as demasias das maiorias parlamentares. Mas, neste regime, onde para o chefe do Estado não existe responsabilidade, porque a responsabilidade criada sob a forma do *impeachment* é absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa, e onde as maiorias parlamentares são manejadas por um sistema de eleição que as converte num meio de perpetuar o poder às oligarquias estabelecidas, o regime presidencial criou o mais chinês, o mais

93) **Rui** — Novos discursos e conferências — 371 e 379.
94) **Rui** — "Aposentadoria forçada dos magistrados" in "O Direito", vol. 70 (1896) pág. 526.

turco, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regimes." [95])

Mas "a regra universal da justiça é sentenciar o direito controverso, e não pronunciar sôbre a conveniência da ocasião, ou o merecimento das partes." [96])

Por isso não atua o judiciário sôbre os outros poderes; e porque resolve apenas os casos emergentes no curso dos pleitos, não exerce um poder de revisão das leis em abstrato e os efeitos dos seus julgados não se estendem além das espécies submetidas ao contraste judicial, que sòmente em relação a elas opera como oráculo definitivo. [97])

E, sem contar com a morosidade crônica dos pleitos que, em parte, inutiliza aquêle poder "até certa altura, político, exercido sob as formas judiciais," jamais será o recurso de que possa dispor o indivíduo, um remédio adequado a corrigir os *erros políticos* da administração e da legislatura. O campo natural destas é a discrição dentro das amplas linhas gerais que a Constituição lhes traça e "nada têm os tribunais com as questões de utilidade. Das questões de utilidade quem decide é a autoridade política." [98])

Os maiores erros poderão ser perpetrados sem que possam sequer ser submetidos ao crivo judicial. A questão política, que se formula em têrmos de conveniência ou utilidade, em regra é esquiva ao contraste judiciário, o qual sòmente se poderá exercer quando a questão, originàriamente política, entender também "com direitos de ordem individual." [99])

E operando a sentença entre partes, julgando os tribunais in casu, valerá como a atuação da *vontade concreta* da lei fundamental, sobrepondo-se a uma ordinária ou a um ato administrativo — situação que se buscou corrigir atribuindo ao Senado o poder de "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal."

Mas só onde o direito "se afirma, cessa a esfera do juízo político, entregue à administração, ou à legislatura, e começa o domínio judicial, onde se abstrai da estima pessoal dos litigantes, para não se considerar senão o valor impessoal dos seus direitos."

"Das questões de utilidade quem decide é a autoridade política", e só ao direito cede a utilidade, [100]) consoante a lição clássica de Rui, tantas vêzes repetida e extraída aqui d"O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional."

95) **Rui** — ("A gênese...) op. cit. sob o n.º 91 — págs. 36, 37.
96) **Rui** — O Direito do Amazonas — II — 593.
97) **Rui** — Anistia inversa — 2.ª ed. — 1896, pág. 123.
98) **Rui** — O Direito do Amazonas — II — 593.
99) **Rui** — Cartas de Inglaterra — 415.
100) **Rui** — O Direito do Amazonas — II, 594, I, 22.
Inúmeras vêzes Rui versou o assunto, até em documentos puramente políticos, v. g. op. cit. sob n.º 55 (Excursão Baía-Minas) pág. 31.

Em suma, o recurso do cidadão aos tribunais é predominanemente uma custódia individual, uma solução jurídica a um caso proposto em têrmos jurídicos. Só a responsabilidade política para ambos os poderes políticos, imanente ao regime parlamentar, é meio idôneo, apto, adequado a solucionar questões políticas politicamente formuladas.

Mas nem é privilégio do regime americano possuir a justiça atribuições de dizer da legalidade de atos administrativos ou da validade de leis. Verdade é que sem elas "êste sistema é uma burla, uma falsificação, um estelionato, um roubo, é a mais indigna das formas de govêrno", como rugitava êle no Senado. [101])

A teoria é antiga, fôra esboçada no direito romano, explìcitamente definida e praticada explìcitamente no direito canônico, "advogada como aplicável sob a constituição imperial por espíritos da altura do de José Bonifácio na sua aureolada cadeira de professor" [102]) e "na Europa, entre os países mais adiantados se ambiciona a criação de um grande tribunal como êste, destinado a conhecer dos atos dos outros dois poderes políticos, mesmo quando se trata de países sob o regime parlamentar, o que quer dizer, onde existe responsabilidade para o govêrno", [103]) sistema existente na Noruega, já antes da remodelação constitucional dos povos europeus, após o ciclone bélico que escorchou as velhas cartas. [104])

A teoria não se liga pròpriamene aos sistemas de govêrno. Será uma necessidade dos Estados federativos, de formas presidenciais ou parlamentares; é, porém, "um corolário comum a tôdas as constituições escritas [105]) "a tôdas as constituições escritas com separação limitativa dos poderes," [106] isto é, rígidas, hieràrquicamente superiores à legislação ordinária. [107])

Mas "os nossos governos nunca se acomodaram a êste freio da justiça", as vêzes que êle não falhou. [108])

101) **Rui** — (Gênese...) op. cit. sob n.º 91 — pág. 37.
102) **Rui** — Anistia inversa — 122.
103) **Rui** — (Gênese...) op. cit. sob n.º 91, pág. 39.
104) **Rui** — O Direito do Amazonas — I, 82 a 88.
105) **Rui** — Anistia inversa — 7 e 122.
106) **Rui** — Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal — 1893 — pág. 45.
107) v. ainda **Rui** — "Os atos inconstitucionais" — 16 a 47.
"O estado de sítio" — 17, 18.
"Direito do Amazonas" — I, 87 a 91.
Raul Pilla — no "voto" cit. sob n.º 90, págs. 66 a 74 versa magistralmente o assunto.
108) **Rui** — (Gênese...) op. cit. sob n.º 91, págs 36 e 83.
J. Mangabeira — op. cit., 77.
Talvez a mais lisonjeira referência feita por Rui ao Supremo Tribunal seja a que se lê em "Américo Werneck v. Minas Gerais", 1918, n.º 15, págs. 18 e 19. Perdura, entretanto, a restrição relativamente ao desempenho do papel político do Supremo. "Não se poderão comparar os nossos costumes judiciários com os da espúria justiça daquela sociedade em última dissolução (os tempos de Beaumarchais). No Supremo Tribunal Federal temos tido a mais bem sucedida instituição dêste regime, embora diste ainda muito do original norte-americano."

O PRESIDENCIALISMO DA REPÚBLICA E DO 1.º IMPÉRIO

E após um quarto-de-século de vida republicana, será com o primeiro reinado, antes da evolução parlamentarista, progressiva e pacientemente procedida ao longo do segundo, que Rui vai comparar a república presidencial. E' ao tempo dos motins e das revoluções, em lugar das moções de desconfiança, que êle remonta para retratar a república à americana.

"...nesta República, depois de 25 anos de existência republicana, retrocedendo todo êsse tempo e aproximando-nos daquele em que o primeiro imperador dispunha das liberdades nacionais...", já tão distinto dos poderes que restavam a Pedro II, pois, "ao govêrno pessoal do imperador, contra o qual tanto nos batemos, sucedeu hoje o govêrno pessoal do presidente da República, requintado num caráter incomparàvelmente mais grave: govêrno pessoal de mandões, de chefes de partido, govêrno absoluto, sem responsabilidade, arbitrário em tôda a extensão da palavra, negação completa de tôdas as idéias que pregamos, os que nos vimos envolvidos na organização dêsse regime e que trabalhamos com tanta sinceridade para organizá-lo." [109])

Por certo, quando se sacrificara a monarquia e se estabelecera a República, foi "supondo melhorar de instituições, e promover o govêrno da nação pela nação" e nunca para "operar o retrocesso mais violento das conquistas liberais, já consolidadas sob o antigo regime, a um sistema de anarquias e ditaduras, alternativas ou simultâneas, com que contrastam epigramàticamente as formas de uma democracia esfarrapada." [110])

Comparar, por isso, os resultados do presidencialismo com os da monarquia parlamentar que se aprimorava nas regras do govêrno de gabinete, seria "estabelecer um paralelo monstruosamente injusto entre o antigo regime e o atual, sob o aspecto do respeito à lei e à ordem, à liberdade e à honra", como falava ao Senado ao cabo do govêrno Hermes. E nessa mesma filípica prodigiosa em que rivalizam os cimos da eloqüência política com os modelos clássicos da beleza literária, Rui cachoa com êste julgamento definitivo:

"Um mês de govêrno Hermes, sobraria, no Império, para fazer cair 50 gabinetes. Os abusos, as preterições de direitos, os excessos do poder, contra os quais, em 1889, eu assentava baterias no "Diário de Notícias" combatendo o ministério João Alfredo e o ministério Ouro Prêto, dariam que rir hoje aos mais severos catões republicanos. Se as vibrações que de casos tais extraiu então a imprensa, encheram, abala-

109) **Rui** — "Com." — III — 320 e 312 (Senado, 16-VI-914).
110) **Rui** — Novos discursos e conferências — 340.
cf. Mirkine — Les Const. des nations americaines — XC.

ram e levantaram a Nação, é que esta ainda não perdera o seu pudor, e o tinha muito melindrável. Nada honra mais o Império do que essa sensibilidade, notável prova de que êle não nos extingüira o senso moral, não nos obliterara o civismo, não nos aborrecera da honestidade. Eis aí por onde se estabelece a diferença entre os dois regimes."

"Não é com o exemplo de uma ou outra injustiça, uma ou outra fraqueza, uma ou outra pequenez do imperador que se há de caracterizar o reinado e o sistema de govêrno. O Império (e o seu sistema de govêrno) se definia com a sua alta moralidade, a elevação do crédito nacional e os grandes nomes que ilustraram o regime. A República (igualmente com o seu sistema) se debuxa com a extinção dos nomes nacionais, com o achatamento geral da inteligência, no govêrno e nos corpos deliberativos, com a ostentação habitual da mudez nos escândalos reinantes, com a consagração da soberania da ignorância, com a solene proclamação do princípio da competência da incapacidade universal nos chefes de Estado, nos ministros, nos partidos, nos árbitros das situações, com a guerra, enfim, à justiça, enxovalhada com o título de ditadura pelos mais servís cortesãos de tôdas as ditaduras do poder, das armas e do tesouro." [111])

As novas "formas constitucionais" a que aludira em 99, nas páginas da "Imprensa", haviam frutificado. Falhara em tôda linha a teórica harmonia do regime.

Refletindo essas conclusões, em 916, ao renunciar o lugar na Comissão de Finanças, para a qual fôra eleito, depois de repelir a crise financeira como argumento que dissuadisse "qualquer reforma no mecanismo legal e constitucional de que ela é resultado," discorria assim:

"eu não poderia encontrar em mim a coragem de recomendar à população brasileira, já tão sobrecarregada, a resignação aos novos sacrifícios, cuja necessidade lhe vai ser ditada pelos extremos em que se debate o Tesouro Nacional, sem que, ao mesmo tempo, me fôsse dado anunciar que a política nacional, abraçando a causa das reformas necessárias, das reformas urgentes nas nossas instituições, se desempenhava em estancar aos mananciais das torrentes de abusos, onde incontestàvelmente derivaram as desgraças da atualidade financeira, às quais, enquanto se não atalharem as causas permanentes, nunca se poderão assegurar verdadeiras melhoras."

"Separando-se os dous têrmos, agravando-se a carga tributária, ao mesmo tempo em que se dilatam *sine die* as reformas políticas, o problema não tem solução que satisfaça ao bom senso e tranqüilize a justa ansiedade popular. Uma nação de quem se reclama contingentes cada vez mais gravosos para a reconstituição das suas finanças não os pode

111) **Rui** — (Gênese...) op. cit. sob n.º 91 — 82 e 83.

admitir de boa vontade, sem que veja os seus homens públicos deliberados a extirpar do regime do seu Govêrno o *cancro da irresponsabilidade*, que as arruinou, e contra a qual não há remédios na legalidade estabelecida." [112])

E em 17, reflexionava a um jornalista francês: "discute-se hoje com muito calor, na tribuna e na imprensa, a questão de saber se, no tocante a essas instituições funestas que tornam irresponsáveis os governos, e estabelecem o predomínio da incapacidade, o remédio não seria substituir a república presidencial pela república parlamentar. Quanto a mim, apesar de tudo, hesito ainda. Mas começo a sentir que não haverá talvez nenhum outro meio de chegar, entre nós, a um govêrno realmente democrático, fundando a responsabilidade do poder perante o povo, e chamando o mérito e a capacidade à partilha do poder, à gestão das finanças, à administração dos negócios estrangeiros e à elaboração da lei. Não se poderão adiar por muito tempo reformas tão essenciais sob pena de lançar o país na desordem, e comprometer os interêsses mais caros de seu crédito e da sua existência mesma." [113])

PARLAMENTARISMO E FEDERAÇÃO

Escorchara-se, evidentemente, do preconceito, que ajudava a divulgar, acêrca das incompatibilidades essenciais entre o parlamentarismo e a federação, [114]) pois, havia um ano, orando na Argentina, no salão de "La Prensa", pontificava:

"com a República e a federação, ou havemos de nos salvar, ou de perecer. Podemos, devemos reconstituí-las e saneá-las. E' o que com o nosso revisionismo queremos. Os males da federação e os da República são males que se curam, não pela abolição de uma ou de outra, mas pela reorganização de uma e outra. Temos praticado mal essas duas grandes instituições. Mas não melhoraríamos, acabando com elas, senão praticando-as melhor, o que será exeqüível, se o quisermos."

E após acentuar que a federação entre nós "era fatal" e que uma vez estabelecida tornava-se irrevogável, tal a energia adesiva daquela instituição ao país que a adotasse, asseverava que "sejam quais forem as revisões, por que passe o nosso direito constitucional, neste ponto vital não se ousará jamais tocar." [115])

A fórmula salvadora, em 89, não "estava em práticar sèriamente o govêrno parlamentar e conceder à opinião nacional, inclinada nessa

112) **Rui** — Correspondência — 339.
113) **Rui** — cit. por Olímpio Ferraz de Carvalho — op. cit., 342 e por Agenor de Roure — op. cit., I, 367.
114) **Rui** — op. cit. sob n.º 55, págs. 25 e 26 (Excursão Baía-Minas).
115) "O pensamento vivo de Rui Barbosa" — apresentado por Américo Jacobina Lacombe — 1944, 70, 73.

direção desde 1831, a grande descentralização, a saber: a federalização das províncias sob a presidência parlamentar da monarquia?" [116])

Pois com tal bandeira Rui ficou vencido no Congresso Liberal e, fiel a ela, na direção do "Diário de Notícias" e não no ministério Ouro Preto. [117])

Foi um preconceito que durou. Mas não valia mais do que aquêle divulgado por Campos Sales, o de ser inerente à monarquia o parlamentarismo, como sòmente ao regime presidencial se ajustar a república.

Os regimes presidencial e parlamentar dizem respeito ao sistema de relações entre os poderes, sendo indiferente às formas de govêrno, republicana ou monárquica, e de Estado, unitária ou federal. Nesta há um govêrno central responsável perante a Câmara, e governos estaduais, que respondem perante as respectivas Assembléias. A queda de um não acarreta a de outros, pois, as esferas de ação e competência são distintas e não se chocam. [118])

ÚLTIMA HESITAÇÃO

A hesitação manifestada ao jornalista francês, porém, tende a desaparecer. Não haveria meio de chegar-se a um "govêrno realmente democrático", senão fundando a responsabilidade do poder perante o povo, tal como sucede no regime parlamentar, "o que quer dizer, onde existe responsabilidade para o govêrno", pois só êle estabelece um equilíbrio entre govêrno, parlamento e povo, através das técnicas da responsabilidade política e da dissolução parlamentar.

A hesitação se prolonga até a entrevista que concede ao "Correio do Povo", de Pôrto Alegre. Resumindo o seu sentir, relativamente à reforma constitucional, nos têrmos do programa civilista, no aspecto analisado, e recitando a passagem referente ao "problema ainda não maduro, contra o qual as exigências da ortodoxia republicana são até agora irredutíveis", comenta: "estas palavras, explanando a cláusula nona da enumeração, mantém o regime presidencial, pondo fora de tôdas as minhas cogitações o parlamentarismo como pretensão de atualidade." [119])

Mas se a reforma no sentido da adoção do govêrno de gabinete fu-

116) **Rui** — Queda do Império — introd. XXVII.
Nabuco — Discursos parlamentares — 260 e segs.
117) **Rui** — Queda do Império — Obras Completas — v. XVI — t. VIII — págs. 193 a 198.
Nabuco — Discursos parlamentares, 372, 3.
Viana F.º — op. cit., 187.
Evaristo de Morais — op cit., 111 e 112.
118) **Raul Pilla** — capítulo VIII do seu "voto", trata magistralmente o tema, como já o fizera em "Da compatibilidade do parlamentarismo com a federação", in "Diário de Notícias" (Pôrto Alegre) 22 de janeiro de 1946.
119) **Rui** — Campanha presidencial — 8.

gia de ser *pretensão de atualidade*, é que já não lhe era contrária a sua posição. E haveria de surgir o momento oportuno para advogá-la, preconizando-a como o único meio de chegar "a um govêrno realmente democrático."

Mas eram falsos os motivos assoalhados pelo oficialismo, especialmente do Rio Grande do Sul, terra onde se "pontificava direito constitucional aos levitas do alcorão", e para onde se dirigia a entrevista. Não era a pureza formal da Constituição de 24 de fevereiro o que se queria conservar, mas a preservação da "mais vil das comborçarias (que) se converte de quatriênio em quatriênio em moral do regime." [120]) Em carta a Nilo Peçanha, na época, dissera que "a política brasileira quer a Constituição inalterada para a violar. Nós a queremos reformada, para a conservar." [121])

PARLAMENTARISMO, PRETENSÃO DE ATUALIDADE

Talvez tenha sido a repetição do subterfúgio do situacionismo o que haja transformado em "pretensão de atualidade" a reforma parlamentarista, porque, explicaria Rui, num dos seus últimos escritos:

"essa intransigência em que o nosso mundo político se abrasa pelo sistema presidencial, negando pão e água a qualquer traço de ensaio das formas parlamentares, não se origina, realmente, de nenhum dos motivos assoalhados, não tem nascença em considerações de ordem superior, não vem de que os nossos políticos bebam os ares pela verdadeira prática republicana. Não. Pelo contrário, o de que se anda em cata, é só da irresponsabilidade na política e na administração." [122])

E é assim que os paralelos entre os dois regimes se sucedem nas conferências eleitorais, logo após proferidas, paralelos sempre concludentes em favor do parlamentarismo.

Na dirigida às classes conservadoras, confessaria que "o regime constitucional na monarquia, tinha, entre nós, dois largos pulmões, o parlamento e a imprensa, por onde a vida nacional se oxigenava livremente. O nome do senado não desdizia, ali, das tradições da majestade antiga, não repugnava às grandezas consulares da casa de Cícero e Catão. A tribuna legislativa era a gloriosa arena, onde as idéias e as virtudes se batiam pelas aspirações da honra e do civismo."

"Outros tempos desbancaram o ranço dessas futilidades. As belezas do presidencialismo brasileiro escorraçaram dos augustos laboratórios da legislação republicana o talento, a eloqüência e a verdade, baixaram, de legislatura em legislatura, naqueles recintos consagrados

120) **Rui** — Campanha presidencial — 69.
121) cit. por João Mangabeira — op. cit., 231.
122) **Rui** — "A imprensa e o dever da verdade" — pág. 21.
Campanha presidencial — 125, 126 e 127.

à caricatura da soberania nacional, o nível da capacidade e do decôro, da independência e da respeitabilidade, poluíram a vida parlamentar de chagas inconfessáveis, de segredos tenebrosos, de pústulas vergonhosas e máculas sem nome." [123])

E na oração que disse em Juiz de Fora, é assim que se refere aos frutos do regime que transformou "o govêrno constitucional em govêrno conventicular": [124]) "Quais são os grandes povos, os povos de atividade, os povos em vigor, os povos de soberania? São os povos, a quem Deus deu quem lhes fale. Um povo, que não tem quem lhe fale, perde o hábito de ouvir: com o descostume de ouvir, acaba perdendo o ouvido: e, porque já não ouve, se desaveza de falar, para ao cabo, perder, também, a fala. No fim de contas se reduziu a uma pesada massa incônscia e surdo-muda: porque, à fôrça de não escutar nada, se lhe gastou a oitiva e a linguagem, mergulhando-se-lhe a vida na surdez e na afasia. Ora, trinta anos há que o povo brasileiro se acha condenado a êste regime. Na monarquia havia vozes, a audição popular exercitava-se, e, pela audição, se exercitava a consciência do povo. Por isso, com a monarquia, se fêz o sete de abril, se logrou o vinte e oito de setembro, se conseguiu o treze de maio, se chegou ao quinze de novembro. Resgatou-se a nação do colonialismo. Remiu-se da escravidão o trabalho. Emancipou-se da centralização a vida local."

A OPINIÃO JARRETADA

E' que o regime presidencial, sendo um regime que marca sòmente os anos da opinião pública, por ocasião das eleições, forrando-se após à sua influência, atrofia os partidos e mergulha a opinião popular no "mais muçulmano dos fatalismos"; os governos, congressos e executivos, eleitos por prazo fixo, são inamovíveis e incomovíveis, e a democracia é muda, surda e paralítica. Em uma palavra: uma democracia primária, ancilosada, trôpega.

Eis porque "a nossa revolução estabeleceu o silêncio. A república aferrolhou, trancou e chapeou a porta, por onde entrava, não sei se para que por ela também a não pusessem, algum dia, no ôlho da rua. As formas do novo regime mataram a palavra. Deixaram o mecanismo das instituições legislativas. Mas, acastelando o govêrno em um sistema cabal de irresponsabilidade, emancipando-o totalmente dos freios parlamentares, reduziram a tribuna a um simulacro de locutório, insulado no vazio."

"A nação não ouve o que dali se diz; porque o que dali se diz, não tendo autoridade alguma, nenhum prestígio, nenhum eco, nenhuma

123) **Rui** — Campanha presidencial — 68.
124) **Rui** — Campanha presidencial — 72.

repercussão pode ter. Com o govêrno parlamentar as câmaras legislativas constituem uma escola. Com o presidencialismo, uma praça de negócios. O segrêdo, que agora se quer banir da diplomacia, é a essência do govêrno interno sob as nossas instituições."

"Os debates, na representação nacional, não servem para deixar ver a verdade sôbre o govêrno da nação. Para o que servem é para a encobrir. Seu papel dissimulativo os rebaixa. Sua baixeza os entrega à mediocridade. Sua mediocridade os inutiliza. Sua inutilidade os separa do povo, que os aborrece, os evita, os ignora, e se habitua a não os escutar. Destarte, abandonada pelo merecimento, que ali nada tem que fazer, e esquivada pelo povo, que dali nada tem que ouvir, à tribuna parlamentar sobreresta ainda a palavra, que outrora a animava, mas reduzida a um anacronismo." [125])

O REGIME E AS CAMPANHAS IDEOLÓGICAS

Durante a mesma campanha, a sua campanha da França, de Napoleão, em 1814, sem o grande exército, com os Maria-luizas, na comparação sugestiva de seu grande discípulo, o abolicionista, o pregador, o justiceiro apóstolo, dirigindo-se aos operários, na conferência que dedicou ao exame da questão social, salientando o hiato verificado após a República presidencialista, no plano das conquistas sociais, abraçava, por fim, a conclusão:

"...a República, reacionária desde o seu comêço, e desde o seu comêço imersa no egoísmo da política do poder pelo poder, traidora desde o seu comêço aos seus compromissos, tinha muito em que ocupar a sua gente, para ir esperdiçar o tempo com assuntos sociais."

"Nem mesmo quando algum dos lidadores da campanha recém-terminada (abolicionista) se animasse a encetar a segunda, haveria onde a lograsse abrir com vantagem: *porque só no govêrno parlamentar* existe o terreno capaz de dar teatro a essas cruzadas morais, a essas lutas pelas idéias nas regiões mais altas da palavra, onde elas se fecundam. No presidencialismo não há senão um poder verdadeiro: o do chefe da nação, exclusivo depositário da autoridade para o bem e para o mal." [126])

Porque "hoje, poder e povo, maioria e minoria, oposição e govêrno tudo são nomes. Só uma coisa existe: o chefe do poder executivo. Não sòmente o chefe do poder executivo na União. Basta ser o chefe do poder executivo num Estado. Mais ou menos graúdo, mais ou menos grado, nada importa a grandeza. Estado, estadinho, ou estadão, todo Estado é Estado, e em cada Estado, o chefe do poder executivo,

125) **Rui** — Campanha presidencial — 178, 9.
126) **Rui** — Campanha presidencial — 118, 119.

atualmente, mete nos seus chinelos os ministros do imperador e a própria majestade imperial." [127])

ATUALIDADE DA REFORMA

Não havia dúvida que, como previra nos idos de 1893, eclipsada a responsabilidade, "todos os poderes do Estado vão sucessivamente desaparecendo no executivo, como nas espirais revoluteantes de um sorvedouro."

Por isso dizia Rui, — tão absorvido no exame das soluções do problema social, — numa carta a Maurício de Lacerda, em 1921, que "não é a questão social que enche ainda o cenário da política brasileira. O que tudo domina é o problema político-administrativo." [128])

Até quando seria o Brasil dominado por um "Govêrno ultra-pessoal, debaixo dos sórdidos e esfarrapados trapos republicanos"? [129])

Porque, em última análise, "nas repúblicas de molde presidencial, em que aqui se levava a mira, os reis temporários e corrilheiros, designados a capricho das camarilhas oligárquicas e máquinas eleitorais, escondendo mal escondida a sua onipotência real no eufemismo convencional de presidência, obram sem corretivo, com um poder irresponsável e, por conseqüência, ilimitado, imoral, absoluto," dizia o mestre, em 921, na introdução à "Queda do Império". E logo ao seu início conjeturava: "os cegos do novo regime entrarão numa cura de humildade, reconhecendo que o outro caiu por um milésimo dos vícios e males, a que êste se entrega, descuidada e irresponsàvelmente, de corpo e alma." [130])

Em tal regime, "a tribuna parlamentar é uma cratera extinta, e as câmaras legislativas mera sombra da representação nacional." [131])

Num regime que "em vez de ser governado por uma Comissão do Parlamento, é regido pela discrição de um homem" e sôbre o qual "nenhuma ação têm os ministros e o Congresso", o destino das figuras independentes, ainda que ilustres e capacíssimas, será esperar pela justiça dos pósteros, pois a sua condição haverá de ser "ociosa e triste de vox clamantis in deserto", "corpo estranho, hóspede impertinente" [132]) ou então lutar, mais ou menos estèrilmente, até ser dominado por aquela convicção amarga que Rui traduziu nestas palavras:

"Busquei servir ao meu país e ao meu Estado natal, enquanto estive no êrro de supor que lhes podia ser útil. Mas, acabando, por fim, de ver que não tenho meio de conseguir nada a bem dos princípios, a

127) **Rui** — Uma campanha política — (1919) — ed. Homero Pires, 1932, pág. 192
128) **Rui** — Correspondência — 420.
129) **Rui** — Correspondência — 420.
130) **Rui** — Queda do Império — introd. XXI.
131) **Rui** — Oswaldo Cruz, Rio, 1917, 3, 4.
132) **Rui** — Oswaldo Cruz, 5.

que consagrei minha vida, e que a lealdade a essas convicções me tornou corpo estranho na política brasileira, renuncio ao lugar, que, em quase contínua luta, ocupo, neste regime, desde o seu comêço, deixando a vida política, para me votar a outros deveres. Não era nova, em mim, essa triste e dolorosa impressão. Longos e longos anos havia que ela me vinha crescendo no ânimo, com o malôgro de todos os meios envidados, para ter mão na República em sua vertiginosa queda moral e constitucional." [133])

Nas páginas de "A imprensa e o dever da verdade", conferência que escreveu e, colhido pela morte, não chegou a proferir, pregaria ainda:

"Só onde os povos se costumaram a tomar contas aos seus administradores, e êstes a dar-lhes, é que os homens públicos apreciam as vantagens dos regimes de responsabilidade."

"Nestes aleijões constitucionais da América latina, como o Brasil, nestes míseros tolhiços de repúblicas, que, tais qual o pau torto de nascença, tarde, mal ou nunca se endireitam, o ideal dos governos está na irresponsabilidade."

"Essa intransigência em que o nosso mundo político se abrasa pelo sistema presidencial, negando pão e água a qualquer traço de ensaio das formas parlamentares, não se origina, realmente, de nenhum dos motivos assoalhados, não tem nascença em considerações de ordem superior, não vem de que os nossos políticos bebam os ares pela verdadeira prática republicana. Não. Pelo contrário, o de que se anda em cata, é só da irresponsabilidade na política e na administração."

"Na irresponsabilidade vai dar, naturalmente, o presidencialismo. O presidencialismo, se não em teoria, com certeza pràticamente, vem a ser, de ordinário, um sistema de govêrno irresponsável." [134])

VOX CLAMANTIS IN DESERTO

A evolução se completara. Estava amaldiçoado o mecanismo em que, insensível à opinião, o exercício do poder é o único instrumento eficaz para o bem, e que, por isso, reduzia um homem daquele merecimento extraordinário a um "corpo estranho na política brasileira", a um hóspede impertinente dela, que o condenara enfim à "maldição de um ingrato duelo com o irrealizável," [135]) quando já no parlamento imperial, moço ainda, se saíra em obras memoráveis e benfazejas.

No republicano, onde "não há senão um poder verdadeiro: o do chefe da nação, exclusivo depositário para o bem e para o mal," "sem

133) **Rui** — Correspondência — 420.
Ditadura e República — 245. (Senado — 30-VII-921).
134) **Rui** — A Imprensa e o dever da verdade — 21.
135) **Rui** — Oswaldo Cruz, 5.

autoridade para qualquer iniciativa suscetível de resultado, a (minha) sua tarefa, no meio das batalhas pessoais em que se debate a impotência do parlamento, se viu reduzida a bradar pelas leis que se imolam, e contra os abusos que se consumam." [136])

DO BEM PARA O MELHOR

Libertara-se cabalmente da cruz de que fôra martir, através da sua pregação de mestre-escola do regime. Nem se conceberia um espírito democrático e liberal sufragando um sistema de govêrno contemporâneo do vigente ao tempo de Jorge III. Porque, històricamente, o govêrno de gabinete é uma superação democrática da simples monarquia constitucional e o presidencialismo, um seu eqüivalente sob a forma republicana.

Ao Senado uma vez dissera Rui: "nunca me presumi de infalível; não me presumo senão da vontade de acertar e me emendar nos meus erros." [137])

Tão evidente era a reforma, profunda e fundamental, processada na ideologia de Rui, que não passou despercebida aos seus adversários. Um dêles, depois de repetir trechos da conferência de 92, na Baía, na qual o ex-ministro do govêrno provisório mencionava como capitais inimigos da ordem republicana: "o militarismo e o parlamentarismo", passou a citar discursos recentes, da campanha eleitoral de 19, para concluir sob o título irônico "Parlamentarismo... salvação da República": "atualmente já muito outra é a sua opinião. O parlamentarismo, êsse grande inimigo da República, passou a ser a sua única salvação. Já não existem essas incompatibilidades com o regime federativo. Ao contrário." E depois: "Atendestes? E' o sr. Rui Barbosa combatendo o sr. Rui Barbosa." [138])

Mas a réplica já existia. Num trabalho jurídico magistral, como tudo que lhe brotou da pena, advertira um dia: "só a ignorância ou a imbecilidade se não contradizem; porque não são capazes de pensar. Só a vulgaridade e a esterilidade não variam; porque são a eterna repetição de si mesmas. Só os sábios baratos e os néscios caros podem ter o curso das suas idéias igual e uniforme como os livros de uma casa de comércio; porque nunca escreveram nada seu, nem conceberam nada novo."

E mais adiante: "debaixo do céu, tudo obedece a essa eterna lei da transmudação incessante das coisas. *Se nihil sub sole novum*, também poderíamos dizer que *nihil sub sole constans*. Se todo o mundo se compõe de contradições, dessas contradições é que resulta a harmo-

136) **Rui** — Campanha presidencial — 119.
137) **Rui** — "Com." — IV — 239. (Senado — 22-I-915).
138) **Moniz Sodré** — Rui Barbosa perante a História — 1919, págs. 105, 6.

nia do mundo. Se das variações pode emanar o êrro, sem as variações o êrro não se corrige. A boa filosofia é a de Joubert, quando nos aconselha que, se por amor da verdade, houvermos de cair em contradições, não vacilemos de nos expor a elas de corpo e alma. Se "a razão nunca está em contradição consigo mesma, quando segue as suas leis", como dizia o honesto Júlio Simon, a única espécie de contradição, de que o espírito se há de arrecear, é a de se empedernir no êrro, quando enxerga a verdade. O homem não está em contradição consigo mesmo, senão quando o está com a sua natureza moral, que o ensina a considerar-se desonrado, quando atina com a verdade, e se obceca no êrro. E' assim que o nosso próprio organismo vive, mudando tôda hora, sem mudar nunca; porque da sua identidade realmente não muda, senão quando, quebradas as suas leis orgânicas pela doença ou pela morte, deixa de eliminar o que deve eliminar, e absorver o que lhe convém absorver." [139])

E na introdução à "Queda do Império" voltaria ao tema: "pelo que toca ao variar das opiniões, deixem-me ter, mais uma vez, o consôlo de trazer à praça como coisa de que me prezo, e não me pesa, a culpa dos homens de consciência, a única em que hei de morrer impenitente." E em seqüência: "é sempre do menos para o mais, suponho eu, do mal para o bem, ou do bem para o melhor que tenho mudado, ou feito por mudar, com especialidade nos trinta e três anos que vêm da agonia do outro regime *a isto*, que não sei como se chame, do atual." [140])

EVOLUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES

A evolução operada no pensamento de Rui repetia a da história constitucional do império.

O regime presidencial, contrabandeado à sombra da República e da Federação, foi uma secção, um corte na linha evolutiva das instituições democráticas em nosso país. [141])

Aliás, o projeto de emenda constitucional parlamentarista que tramita no Congresso "visa justamente reatar a interrompida tradição democrática do Brasil, instituindo, com a Federação e a República, o sistema parlamentar." [142])

139) **Rui** — Questão Minas Werneck — Competência do Supremo Tribunal Federal nas apelações de sentenças arbitrais — 104 e 106.
140) **Rui** — Queda do Império — int.od. LXXXVI.
141) **José Maria dos Santos** — op. cit., 219. "Aí está em sua essência tôda a história constitucional do Brasil republicano. Quebrou-se a ordem tradicional da nossa evolução política, romperam-se na nossa vida pública tôdas as relações de seqüência e continuidade, e tudo quanto até então possuíramos como instrumentos legais da liberdade, como práticas e costumes penosamente apurados e afinal estabelecidos, tudo foi radical e simplesmente identificado como sendo a própria monarquia, e confundido com o trono para ruir e desaparecer com êle..."
Raul Pilla — "voto' citado sob n.º 90 — cap. IV — item "d".
142) **Raul Pilla** — "voto" cit. sob n.º 90, pág. 27.

Com efeito, o surto constitucionalista nas monarquias foi a primeira limitação ao absolutismo dos reis, "a lei animada sôbre a terra", na linguagem das velhas Ordenações. [143])

Só posteriormente se distinguirá no poder executivo uma parte estável e outra móvel, complementando a divisão do poder em três ramos distintos. Será quando o executivo se dicotomizar em duas entidades, a que representa o Estado em sua soberania, a nação na superior unidade de seus interêsses, e a que, exercitando o govêrno, velará pela política, com apoio na maioria; e correlata e simultâneamente, acrescendo à sua primitiva e restrita competência orçamentária, a de conceder ou negar apoio ao gabinete, parte móvel do executivo, a Câmara tornar-se-á tão responsável perante o povo, quanto o ministério perante ela." [144])

Despersonaliza-se o poder. Êle se institucionaliza. Surge o govêrno parlamentar. [145])

No presidencialismo, onde o govêrno é pessoalmente conduzido pelo chefe do Estado e, em tôrno do qual, como meros auxiliares, se homogenizam os ministros, como o presidente, ininfluenciáveis pelas Câmaras, há uma eqüivalência à fase da monarquia meramente constitucional, [146]) antes de evoluir em parlamentar, momento em que, permanecendo irresponsável o soberano que não mais governa, é estabelecida a efetiva responsabilidade, coletiva e solidária, para o "govêrno em função." [147])

Não excecionou o Brasil à regra presidente da evolução institucional dos povos. Existiu entre nós, de fato e de direito, o govêrno pessoal do soberano. Cabia-lhe o poder de livremente nomear e demitir os ministros, cuja permanência no govêrno se prendia à sua vontade e não à confiança da maioria. Inexistia a responsabilidade política, individual ou coletiva, a figura do presidente do Conselho era inexistente, o ministério, como entidade autônoma, também o era. Nada obrigava o imperador a escolher os ministros dentre os parlamentares e a dissolução da Câmara só era cabível em caso de salvação pública. [148])

Os poderes que, pela Carta de 25 de março de 1824, desfrutava o

143) Ord. Fil. L. III, tít. 60, parágrafo 1.º.
144) **Raul Pilla** — "voto" cit. sob n.º 90, cap. II.
145) **Burdeau** — Droit Constitutionnel — 1947, pág. 8.
Nosso "Em tôrno da emenda parlamentarista", Separata da "Justiça", 1949.
146) **Kelsen** — Teoria general del Estado — trad. de L. L. Lacambra, 1934, parágrafo 37 D, pág. 338.
Bryce — cit. por Rui — Batista Pereira, "Rui Barbosa e o Rio Grande do Sul", 1923, pág. 44.
Relativamente ao Brasil, v. Raul Pilla — "voto" cit., pág. 12.
147) Nosso "Em tôrno da Emenda Parlamentarista".
148) **Olímpio Ferraz de Carvalho** — op. cit., 319 e segs.
Afonso Celso — Oito anos de parlamento — 289 e segs.
Raul Pilla — "voto" cit. sob n.º 90, cap. IV.

imperante semelhavam aos que teria o presidente da República de 91. [149])

Aliás, a própria Inglaterra não atingira a fase áurea daquele "govêrno responsável", que é a sua contribuição peculiar à ciência política, no conceito de Jennings. [150])

Entre nós, foi a despeito da lei constitucional e contra ela que o govêrno de gabinete se entreteceu. "O parlamentarismo foi no Brasil uma lenta conquista do espírito público, jamais consagrada em lei. Estribava-se no direito costumeiro, não no direito escrito." E como Afonso Celso, Joaquim Nabuco registra o mesmo fenômeno. "O regime parlamentar foi-se constituindo lentamente entre nós. A compreensão da Constituição variou fundamentalmente de geração em geração."

Por isso Oliveira Lima historiou que "a idade d'ouro do regime parlamentar brasileiro não data, como sucede com o geral das lendas da civilização humana, do comêço da sua evolução, e sim do meado da sua duração." [151])

A SURPRÊSA PRESIDENCIALISTA

E' de notar-se, outrossim, que a propaganda anti-monárquica não se orientou contra o sistema, mas contra as suas imperfeições e, é claro, contra as formas de govêrno monárquico e de Estado unitário. [152])

Rui, o liberal independente do último ano do império, declarando que "as monarquias republicanizam-se mediante as instituições parlamentares, assim como as repúblicas se cesarizam pela ditadura", não passou de um "tenaz adversário da política pessoal", indicando com eloqüência residir a fórmula salvadora da coroa "em praticar sèriamente o govêrno parlamentar e conceder à opinião nacional, inclinada nessa direção desde 1831, a grande descentralização, a saber: federalização das províncias, sob a presidência parlamentar da monarquia."

Porque a sua consciência de "monarquista parlamentar", como se retratava em 21, lhe indicava que "a democracia moderna fêz das monarquias parlamentares verdadeiras repúblicas coroadas." [153])

E nas invectivas do Manifesto Republicano de 70, os históricos não colimavam o regime americano de govêrno, senão o contrário.

"A soberania nacional, rezava êle, só pode existir, só pode ser reconhecida e praticada em uma nação cujo parlamento, eleito pela parti-

149) **Otávio Tarquínio de Souza** — Diogo Antônio Feijó — 222.
Raul Pilla — "voto" cit. — 12.
Felisbelo Freire — op. cit., 106, 7.
150) **W. Ivor Jennings** — op. cit. sob n.º 85 — 167.
151) **Afonso Celso** — Oito anos... — 289.
Joaquim Nabuco — Um estadista do Império — I, 51.
Oliveira Lima — O império brasileiro — 140.
152) op. cit. sob n.º 20 e
Américo Brasiliense — op. cit., 85.
153) **Rui** — Queda do Império — introd. XXIX.

cipação de todos os cidadãos, tenha a suprema direção e pronuncie a última palavra nos públicos negócios."

Tal assertiva se deduzia da premissa segundo a qual "neste país, que se presume constitucional, e onde só deviam ter ação poderes delegados, responsáveis, acontece, por defeito do sistema, que só há um poder ativo, onímodo, onipotente, perpétuo, superior à lei e à opinião, e êsse é justamente o poder sagrado, inviolável e irresponsável." [154])

Tudo isso porque "o imperador reina, governa e administra", tese ainda sustentada pelos conservadores — e que posteriormente seria abandonada pelo próprio partido de Itaboraí, através do primeiro Rio Branco [155]) —, contra a apostolada pelos liberais, à semelhança dos whigs ao tempo dos Jorges, segundo a qual *o rei reina e não governa.*

O manifesto de 70 ainda é um reflexo do generalizado protesto contra a interferência do poder pessoal, pelo menos aparente, refletindo, aliás, outra ordem de interêsses, ao despejar o gabinete Zacarias, em 68, sem uma causa parlamentar que o justificasse, em contrariedade à observância das praxes que se vinham firmando. [156])

Assim, as "Bases para a Constituição do Estado de São Paulo", formuladas pela comissão permanente do Congresso republicano e a êste apresentado, em 1873, dispunha que o chefe do executivo seria "de livre nomeação e demissão da Assembléia Geral." [157])

Medeiros e Albuquerque esclarece, aliás, que "a propaganda republicana se fêz sem que a maioria pensasse no regime presidencial; não se sabia o que era, não se falava nêle." [158])

Seria mesmo paradoxal que tanto se combatesse o declinante poder pessoal do imperador, para estabelecer outro, tão efetivo quão incontrastável, ou mais corretamente, restabelecer aquêle que brandira das

154) Manifesto — in Américo Brasiliense — op. cit., 82, 83, 62.
155) **Américo Brasiliense** — op. cit., 13 e 69.
Oliveira Lima — op. cit., 85. Com Paranhos, "os consevadores condenaram virtualmente a máxima reacionária de Itaboraí, de que o rei reina, governa e administra, para ir endossando aos poucos o novo programa liberal... de 1869..."
Raul Pilla — "voto" cit., pág. 11
Sôbre as dissoluções da Câmara, v. Olímpio F. de Carvalho, op. cit., 270... e Oliveira Lima — op. cit., 83, 4.
156) **Rui** — Discurso de 13-VIII-1868 — Novos disc. e conf., 5, 6.
Excursão eleitoral ao Estado de São Paulo — 1909, págs. 70 a 72.
J. Nabuco — Um estadista do Império — II, 67 a 84.
José Maria dos Santos — op. cit., cap. VI e VII.
Nota crítica do mesmo autor oferecida ao sr. Raul Pilla, v. "voto" cit. sob n.º 90, págs. 31, 76 e 77.
Oliveira Lima — op. cit., 84, 85.
Tobias Monteiro — Pesquisas e depoimentos — 15, 16.
O. Ferraz de Carvalho op. cit., 264 a 269.
Batista Pereira — Figuras do Império e outros ensaios — 19 a 22.
157) in Américo Brasiliense — op. cit., 139, v. art. 23.
158) **Medeiros e Albuquerque** — op. cit., 26.

mãos do primeiro imperador, singularizara a regência e lentamente escapara das mãos do segundo. [159])

RUPTURA DA TRADIÇÃO

Foi, destarte, uma surprêsa funesta, além de uma irregularidade histórica, a adoção do presidencialismo, fato só explicável pelas condições da eclosão da República e suas necessárias decorrências, pois "o velho regime deixara (deixou, diz Campos Sales, nas suas Cartas de Europa) deixara tão fundas raízes, que muitos republicanos históricos pronunciam-se francamente pelo parlamentarismo, e outros há que ainda vacilam perplexos na escolha entre um e outro sistema." [160])

A respeito da precipitação da República, prefaciando um livro sôbre o abolicionismo, em 918, depunha Rui que "a república originou-se de um acidente gerado pelas desordens de um organismo predisposto pelas suas condições de irresistência e inércia a não lhe resistir. Certas reformas, necessárias, urgentes, improrrogáveis, te-la-iam prevenido e evitado. A nação aceitou-o (o movimento). Mas não era seu. Não havia sido elaborado por ela mesma. Não lhe derivara das entranhas, como o abolicionismo..." [161])

É, destarte, exata a conclusão de Agamenon de Magalhães:

"no Brasil o regime presidencial nasceu da influência norte-americana e não sob a pressão de fatos políticos ou de condições existentes. Já a nossa unidade tinha sido realizada pelo Império e as instituições parlamentares estavam em prática, operando a evolução política brasileira para a democracia. A república, portanto, não devia ter interrompido a tradição parlamentar. A federação, sim, era fenômeno geográfico e histórico, trabalhado pelas fôrças descentralizadoras, atuantes

159) **Campos Sales** — Da propaganda à presidência — 215 — "Os que não puderam ainda compreender bem a essência do regime, tal como o concebeu o nosso mecanismo institucional, mostram-se *ingênuamente apavorados* ante esta influência exercida legìtimamente pela autoridade presidencial, *supondo* estar na presença dêsse fantasma do poder pessoal, que outrora atribuíamos, nós, os republicanos principalmente, ao Imperador, buscando aí valiosíssimo subsídio para os ataques à monarquia.

Existe, é certo, no regime presidencial, um poder pessoal; mas — é nisso que se diferencia do poder pessoal dos soberanos — um poder constitucionalmente organizado, com o contrapêso dos outros poderes e, sobretudo, também *pessoalmente responsável*, sujeito a um tribunal político de julgamento."

Tal a ingênua distinção que se viu forçado a estabelecer, diante dos fatos, um propagandista da República e depois seu Presidente.

Manfesto Republicano — in Américo Brasiliense — op. cit., 70.

Oliveira Lima — op. cit., 90 — "O parlamentarismo foi contudo geralmente praticado no Império com honestidade e brilho suficiente para deixar saudades do passado nos espíritos capazes de as alimentar e até para com elas abastecer uma corrente adversa à República presidencial, que trouxe consigo uma agravação do poder moderador, restaurando-lhe as prerrogativas pela consagração da influência do executivo central sôbre os organismos estaduais, dos quais os mais pujantes fazem o papel dos grandes eleitores do Sacro Império Romano."

160) **Campos Sales** — Cartas da Europa — *in* "Estudos de Dir. Const.", de Boutmy, pref. de Lúcio de Mendonça, XXVI.

161) **Rui** — pref. a "O abolicionismo", de Duque Estrada.

durante o Império. Mas o presidencialismo foi imitação das instituições norte-americanas, criação puramente doutrinária. A nossa educação democrática e as nossas tradições liberais não o impunham." [162])

Aliás, é interessante observar que a propaganda se avolumou quando certos argumentos de ordem pessoal, relativos às qualidades e aptidões da herdeira presuntiva da coroa e seu consorte, se faziam mais convincentes do que a minuciosa organização republicana do futuro [163])

Não resta dúvida que os transplantadores do presidencialismo se sentiram tocados "pela sugestão hipnótica da constituição teórica ianque." [164])

O AMBIENTE DA ÉPOCA

Ter-lhes-á, além disso, parecido necessário, ou prudente, subtrair à influência da Câmara a composição do govêrno, havendo, como havia, a possibilidade, depois afastada mediante o tristemente célebre regulamento Alvim, dos monarquistas, intelectual, social e numèricamente superiores aos republicanos, preponderarem entre os representantes populares. [165])

Sinal dêsse estado dalmà foi a proposta sustentada perante o govêrno provisório, por um de seus membros mais influentes. Cumpria impor a nova Carta, mediante decreto, sem anuência sequer de uma assembléia pré-fabricada através do "mais engenhoso aparelho de fraude eleitoral que se conheceu no Brasil." [166])

"À ditadura compete pôr têrmo à ditadura, argumentava o ministro da Justiça Campos Sales. Um govêrno que originou-se da fôrça pode e deve apoiar-se na fôrça para apressar o advento da legalidade." E em seqüência: "A República quer e prometeu fazer a república: isto é, dar ao país uma constituição republicana. Eis o seu compromisso. A escolha do processo pertence aos homens que a dirigem. Estamos, portanto, em um período revolucionário, em que os métodos mais rigorosamente subordinados à doutrina deixam o lugar aos processos mais seguramente eficazes." [167])

E tão bem cumpriria sua missão a nova lei eleitoral, revogadora da lei Saraiva, que mui pouco lisonjeiro era o conceito popular a respeito da Constituinte. O seu presidente, Prudente de Moraes, após pro-

162) **Agamenon de Magalhães** — O Estado e a realidade contemporânea — 1933, págs. 153, 4.

163) **Medeiros e Albuquerque** — op. cit., 13 a 18.

164) **Pinto Ferreira** — Princípios gerais de Dir. Const. Moderno — 1948, 272, — e a generalidade dos autores.

165) **Afonso Celso** — A Década Republicana — II — 224.
Antônio Joaquim Ribas — Perfil biográfico do Dr. M. F. de Campos Sales, Rio, 1896 — págs. 187, 8.

166) **Maximiliano** — op. cit., 87.
Raul Pilla — "voto" cit. — 24 e 25.

167) **Antônio Joaquim Ribas** — op. cit., 182, 187.

mulgar a Constituição, reconhecia que o Congresso fôra "recebido com desfavor e prevenção pela opinião." [168])

Já em relação à época e ao ambiente da assembléia, Assis Brasil deixou êste retrato: "nenhum pacto fundamental, destinado a longa permanência, foi discutido e fabricado em circunstâncias menos propícias do que o nosso." "Preparada pela fôrça das coisas, desde muito, no mais íntimo da nação brasileira, a mudança radical que começou a 15 de novembro de 1889, não estava, entretanto, igualmente evidenciada nas inteligências. Era maior o trabalho latente de espontânea decomposição da monarquia centralizada, que a formação precisa da consciência cívica no sentido da república federativa. A substituição foi uma surprêsa, senão para todos, para o grande número. Poucos brasileiros estavam conscientemente apercebidos para precisarem a nova fórmula que os fatos exigiam no lugar da que se subvertia, por um movimento que, sem ter a essência, teve tôdas as aparências das mutações de teatro. Ainda mesmo quanto aos que fizeram exceção à regra, é fácil de compreender quão pouco eficaz deve ter sido a ação dêles, operando no tumulto dos desorientados, que eram quase a unanimidade." "Havia uma espécie de pêso material, que esmagava os homens de independência moral e intelectual. Não é para maravilhar que algum venha sòmente hoje dizer ao país o que não pôde então explicar." E acrescenta: "Ninguém pareceu ter levado para a Constituinte idéias orgânicas sistematizadas..." e "a Constituição da República foi discutida e votada na época menos propícia à serenidade e integridade dos espíritos." [169])

Nem de outro modo se explicaria, aliás, a sensível influência exercida pelo grupo positivista, corrente sem raízes nacionais e de escassa expressão numérica no seio do Congresso.

DESVARIOS REFORMISTAS

Para se apurar como distavam da máxima política formulada por Nabuco, os governantes e legisladores de então, e segundo a qual as reformas devem conservar do existente tudo o que não seja obstáculo ao melhoramento, para se medir o lirismo político dos reformadores e o traumatismo sofrido pela nação, cujas reações mais elementares eram tomadas como suspeitas à República, bastaria lembrar, de uns, o desvario ultra-federalista, [170]) de outros, a ordenança que dispunha: "os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados-Unidos da América do Norte, os casos

168) Anais do Congresso Constituinte. III, 911, 922.
169) **Assis Brasil** — Do govêrno presidencial — 25, 26, 28, 30.
170) **Rui** — Anais do Congresso Const., I — 618 — "grassa por aí um apetite desordenado e doentio de federalismo, cuja expansão sem corretivo seria a perversão e a ruína da reforma federal". v. págs. seguintes.

da *common law* e *equity* serão subsidiários da jurisprudência e processo federal." [171])

Vê-se, assim, como é exata a aparentemente superficial assertiva de Medeiros e Albuquerque: "Depois, para muita gente, havia em favor dêle uma razão verbal, que pode parecer ridícula e fútil, uma razão desarrazoada, se assim pode dizer-se. Era uma simples analogia verbal. Nós tínhamos passado a ser os Estados Unidos do Brasil. Logo, devíamos ter as instituições dos Estados Unidos. Todos os que estudam a psicologia das multidões sabem como as analogias verbais são poderosas e influentes." [172])

A resposta mais eloqüente ao dispositivo citado parece ter sido dada por um dos ilustres ministros do Supremo Tribunal, Barradas, quando interrogava Rui "se era exato que pretendia cassar os atos do Executivo, recorrendo ao Judiciário. Não conhecia ação adequada, nem fundamento jurídico para o caso." [173])

Tamanha era a surprêsa, a novidade, a ignorância das novas instituições, o artificialismo delas, desconhecidas até por quem lhes devia interpretar sem apelação e fixar-lhes, sem recurso, a inteligência.

Homero Pires, ruísta e professor de Direito, elucida que "em 1889 não seriam muitos os brasileiros que conhecessem o direito público norte-americano. Ainda depois, em pleno regime presidencial, lhe eram atribuídas as maiores heresias, — num meio como o nosso, sobretudo o político, pouco afeito a estudos sérios, mais inclinado a improvisações fáceis. O conhecimento exato do direito americano sempre ficou limitado a uma *elite*." [174])

Evidentemente a escolha fôra infeliz. Arrostava a tradição jurídico-política brasileira e lhe violava as regras de transmissão e evolução das instituições. Foi mister que Rui fôsse "o intérprete das instituições novas e quase desconhecidas." [175])

Um contemporâneo, jurisconsulto de quilate, Clóvis Bevilaqua, não se pejou em confessar que "Rui Barbosa desvendou, aos olhos brasileiros, a ciência do direito público que a América do Norte criara e nós quase ignorávamos que existisse, antes que a víssemos trasladada, em correta e lucilante frase portuguêsa pelo escritor baiano." [176])

Aliás, o próprio Rui ao Senado dizia, em 1915: "quando adotamos dos Estados Unidos esta forma de govêrno, e procuramos adotar o seu delicado e complexo mecanismo aos nossos hábitos políticos, evidentemente a nossa cultura, sobretudo entre as gerações que vinham formar

171) Dec. 848 — 11-X-890 — art. 387.
172) **Medeiros e Albuquerque** — op. cit., 24.
173) **Batista Pereira** — pref. às "Cartas de Inglaterra" — 65.
174) **Homero Pires** — introd. aos "Com." de Rui, pág. V e VIII — IX. **Manuel Vitorino** — apud Homero, loc. cit., VII.
175) **Homero Pires** — loc. cit., XXXII — XXXXIII.
176) **Clóvis** — Juristas Filósofos — 1897 — pág. 22.

a República, era ainda imperfeita no conhecimento da organização da política e da jurisprudência americana. Vinhamos nós da França, da escola francesa, das tradições da grande revolução..." "...essas instituições nos encontraram despreparados para as receber, para as assimilar e para as praticar com aquêle senso do seu espírito, da sua verdade e da sua inteireza, necessário ao desenvolvimento salutar, ao crescimento contínuo, à realidade completa dos ideais que elas vinham introduzir no Brasil." E adiante prossegue: "passamos de um govêrno parlamentar ao govêrno presidencial; passamos do govêrno da tribuna ao govêrno das comissões parlamentares; passamos de um govêrno de responsabilidade, de um govêrno de merecimento, de um govêrno de conquista das posições pela palavra, a um govêrno de irresponsabilidade parlamentar, a um govêrno dotado, no seu chefe, de prorrogativas quase ditatoriais, a um govêrno que, para ser atualmente praticado, requereria a presença de lições que servissem de corretivo, de freio e de dique eficaz... Nós passávamos repentinamente de um terreno, onde tôdas essas garantias estariam consolidadas no mecanismo, na forma parlamentar, com a presença dos Ministros no seio das Câmaras, com a elegibilidade dos Ministros, com os votos de confiança, com as dissoluções das Câmaras; passávamos de um regime onde tôdas essas garantias se achavam consolidadas dêsse modo, para um regime onde nos encontramos destituídos inteiramente dessas garantias... Nessa transição, os homens que não tinham consigo senão o hábito do fraseado republicano, a fascinação das idéias de 89, a educação dos hábitos da escola francesa, êsses homens se achavam baldos completamente daquilo que lhes era mais essencial para empreender a realização exata da forma de govêrno que acabávamos de adotar." [177])

Parece assim não assistir razão a Luiz Delgado, tão inteligente, arguto e correto no precioso ensaio que dedicou à interpretação de Rui, ao dizer que "nem foi também por um capricho erudito ou uma aventurosa imitação, que a lei constitucional de 1891 fundou entre nós o presidencialismo." [178])

CONCLUSÕES

A adoção do presidencialismo constituiu uma ruptura ostensiva com as instituições nacionais, e com as regras de transmissão e evolução delas, com aquela Constituição, de que fala Nabuco, antecipando-se à melhor pesquisa sociológica, que "terá sempre que ser o modus-vivendi que os poderes assentarem entre si e que o país tiver sancionado." [179])

177) **Rui** — "Com." I — V a VII (Senado — fev. de 1915).
178) **Luiz Delgado** — op. cit., 159.
179) **Nabuco** — Balmaceda — 49.

Mas chega de "evidências, para estabelecer esta evidência evidentíssima." [180])

Embora seja discutível tenha sido Rui "o transplantador do presidencialismo para o Brasil", na frase do autorizado Homero Pires, ainda que "só um homem nesse momento fôsse (era) conhecedor profundo do regime americano", como, em sintonia com Homero, afirma Américo Jacobina Lacombe, assertivas que se afinam ao depoimento de Rodrigo Otávio, quando escreveu que no govêrno "não havia senão êle para apresentar e defender os princípios do regime americano", o certo é que Rui, completando o trabalho da comissão de juristas, à luz da experiência centenária do processo constitucional americano, aceitou e defendeu o sistema presidencial de govêrno, e o fêz pelo menos, por exclusão. [181])

Mas não menos certo foi o seu repúdio posterior ao presidencialismo, que evitava "o rigor da teoria democrática" [182]), e a fixação das suas preferências no "regime parlamentar, o que quer dizer, onde existe responsabilidade para o govêrno."

Esta é a "certeza certa e a verdade verdadeira, evidenciada e autêntica." [183])

LEGADO AOS DISCÍPULOS

Em mais de uma cláusula, a Constituição de 18 de setembro, como já o fizera a de 1934, assimilou aos seus textos a experiência ideológica de Rui. Constitui mesmo um dos temas do Congresso de Direito Constitucional que em sua homenagem se reúne na Baía, a apuração dessa influência.

A adoção do govêrno de gabinete no Brasil significará assim uma vitória do espírito de Rui, imortalizado em sua obra e seus exemplos.

O velho cruzado terá cumprido mais um pedaço do seu ideal, dos seus ideais grandes e belos em contraste com os frutos de sua vida escassos e tristes. [184])

Prossegue o apóstolo inculcando "ao povo os hábitos da liberdade e à República as leis do bom govêrno, que prosperam os Estados, moralizam as sociedades e honram as nações." [185])

180) **Rui** — Finanças e políticas — 88.
181) **Homero Pires** — introd. aos "Com." IX.
Américo J. Lacombe — Rui Barbosa e a 1.ª Constituição da República — in Digesto Econ, n.º 50, 79.
Rodrigo Otávio — apud Homero — loc. cit., IX, nota 1.
Rui — Cartas de Inglaterra — 291 e 389, 90.
182) **Rui** — Parecer inacabado, in Batista Pereira — Rui Barbosa e o Rio Grande do Sul — 44.
183) **Rui** — Queda do Império — introd. LXVI.
184) **Rui** — Disc. no Inst. dos Advogados, 7.
185) **Rui** — Oração aos moços — 1921, 17.

CAUSAS ECONÔMICAS NA PRODUÇÃO DO CRIME

Luís Lopes Palmeiro

(Conferência proferida no salão nobre da Associação Comercial do Estado, na noite de 21.9.1949.)

Introdução

O homem está empenhado na luta pela liberdade e pela verdade, pela conservação da espécie e pela sua própria existência. A complexidade dêsses fins obriga-o a atitudes imprevistas, ao mesmo tempo que exige da sua personalidade o poder de adaptação normal entre os mais violentos contrastes. O santo e o herói, o homem comum e o gênio, o homem honesto e o criminoso, diversificando os impulsos e os desejos na eleição dos caminhos de seus próprios destinos.

Em meio aos valores que se afirmam e traduzem as infinitas possibilidades da natureza humana para a beleza e para o bem, surge, em doloroso contraste, a manifestação negativista do crime.

Ao alcance direto da nossa observação está a inquietadora sucessão dos crimes contra o patrimônio em que as continuadas recaídas revelam um padrão delituoso sistemático.

E' natural que êsses fatos despertam a necessidade de indagar da sua causalidade, se é que se deseja opor-lhes, sincera e decididamente, medidas sábias de prevenção. O homem inteligente e responsável não deseja permanecer em atitude puramente contemplativa, mas muito ao contrário, vai em busca das causas dêsse fenômeno, que põe um acento trágico no seu próprio destino.

O espírito humano, como sempre, fiel ao método de sua lógica interior, estabelecendo categorias de crimes, estabeleceu, também, categorias de causas, sistematizando umas e outras no quadro da sua complicada origem. A tendência inevitável de classificar para sub-

meter à meditação e ao estudo, conquanto passível de crítica, é a única que se tem oferecido à ciência para a investigação cuidadosa. E é, ainda, em nosso caso, o único caminho racional para nos aproximarmos da verdade.

Nos vários estudos etiológicos do crime que se tem feito, procura-se distinguir e identificar as fôrças que regem a conduta humana. Para o psicólogo, o delito constitui um episódio coerente com a individualidade do criminoso. A sua execução representa uma conseqüência absolutamente lógica e fatal do conflito das fôrças e fatôres que o determinam. Os mesmos mecanismos psicológicos intervêm na execução dos atos legais e dos atos delituosos, porém não se compreenderá êsse caráter predeterminado das ações humanas, sem o estudo dos fatôres que o explicam. Compreender e explicar o delito eqüivale, pois, a encontrar o valor das incógnitas na equação responsável pela conduta diante da situação delituosa. E' fundamental, portanto, para o jurista, face ao ato ilegal, determinar o papel que, no seu desencadear, desempenham a constituição corporal, o temperamento, a inteligência, o caráter, a prévia experiência de situações análogas, a constelação de causas psíquicas, a situação externa desencadeante, o tipo médio da reação coletiva aplicável à situação, e o modo de perceber essa situação por parte do delinqüente[1].

O delinqüente é, segundo William Healy[2], o centro dinâmico do problema inteiro do delito. Mas, muitas das fôrças que compõem a personalidade são de potenciais eqüivalentes e resultam num estado de equilíbrio estável, desde que as suas reações se processem dentro nos limites do normal. Para que se não quebre o equilíbrio e permaneçam assim estáveis ou irrompam em explosões cinéticas, elas dependem da natureza ou da intensidade de estímulos, que podem, em cada caso, comportar-se de maneira distinta, positiva ou negativa, favorecendo ou impedindo, somar-se ou opor-se, constituindo o que se denomina de complexos determinantes da conduta normal ou das ações delituosas.

Hans Von Hentig[3] reconhece, em primeiro lugar, a constituição do indivíduo, pela qual entende a sua maneira normal e fixa de reagir ante estímulos externos e, em segundo lugar, a tremenda variedade de fôrças que atuam sôbre esta disposição, fôrças que podem ser físicas como a temperatura e a umidade, bacteriológicas, como os gér-

1 Aguiar Whitaker — O crime e os criminosos à luz da psicologia e da psiquiatria. Estudo acêrca de 50 delinqüentes. Considerações sôbre o problema da delinqüência em São Paulo, Arquivos da Polícia Civil de São Paulo, vol. III, 1.º semestre, ano 1942.

2 William Healy — The Individual Delinquent, Little Brown and Company, Boston, 1917.

3 Hans Von Hentig — Criminologia, causas y condiciones del delito. Trad. por Diego Abad de Santillán, Editorial Atalaya, Buenos Ayres, 1948.

mens da sífilis e da malária, e individuais, como a mulher e o superior, ou culturais.

Em última análise, como acentuava o Prof. Salgado Martins[4], em recente estudo sôbre a interpretação do crime, êste tem a sua motivação mais forte, mais decisiva, na personalidade profunda e específica do criminoso. O meio social e o meio cósmico condicionam o aspecto da manifestação do delito. Influem, sem dúvida, no seu aparecimento, mas muitos dêsses fatôres de origem social se encontram incorporados ao indivíduo pela herança, pela educação, pelas influências familiares, refletindo-se, mais tarde, na conduta do adulto, como parte integrante das suas próprias reações psíquicas, podendo, pois, ser considerados como fatôres da sua etiologia interna.

São, em grandes traços, as fôrças chamadas endógenas e exógenas do delito.

Em nossas observações, constatamos que há predominância, no nosso meio, de crimes contra o patrimônio, crimes que sofrem influência primordial das condições econômicas ambientais.

Para determinar as influências, diretas e indiretas, das fôrças econômicas sôbre a delinqüência, devemos estabelecer a correlação entre as flutuações do aumento do delitos com as cargas econômicas e fixar a classe que ocupa o delinqüente na distribuição da riqueza e a ocupação ou profissão a que se dedica. Ainda, em consonância com êsse método de estudo do problema, fazer, também, o de vários fenômenos e condições econômicas por nós constatados e que nos levaram à crença de que a delinqüência, em todo o tempo e lugar, está condicionada, e, em certa extensão, determinada pela existência de fatôres econômicos, além de outros, identificáveis na sua complexa causalidade.

Entre as causas sociais, a miséria desempenha um papel importante na gênese do delito, porém, seria ingenuidade pressupor que é ela a única personagem do drama criminal[5].

Na investigação minuciosa dos fatôres antropológicos e demográficos se poderá verificar que a miséria não sòmente significa a pressão que as tentações das necessidades não satisfeitas exercem sôbre o pobre, mas, também, a causa da degenerescência orgânica e psicológica, transfundindo-se na consciência moral do miserável.

4 Prof. José Salgado Martins — A Interpretação Psicanalítica do Delito — Trabalho apresentado à 1.ª Conferência Pan Americana de Criminologia, reunida no Rio de Janeiro e São Paulo, de 8 a 16 de julho de 1947, e publicado na Revista do Ministério Público, Rio Grande do Sul, vol. VI, ano 6.º, n.ºs 23-24.

5 Turati — Delito e questione sociale (Milán, 1882).
Alfredo Niceforo — Guia para el estudio y la enseñanza de la Criminologia — Trad. por C. Bernaldo de Quiróz, Madrid, 1903.
Dr. Francisco de Veyga — Degeneración y Degenerados, Miseria, Vicio y delito. Ed. El Ateneo. Buenos Ayres, 1938.
Alejandro Lioy — La Nueva Escuela Penal. Trad. por Luis de Moya y Jiménez. Ed. De Fernando Fé, Madrid, 1893.

O ambiente de miséria, a fadiga constante, a desnutrição por sistema ocasionam as deformações individuais, psicológicas e morais, tornando claras e próximas as conexões entre a miséria e o delito.

À difusão do ensino e à índole da educação não se pode emprestar o efeito, vislumbrado por alguns idealistas, que os consideravam como fôrças inibidoras, mas, como bem observa Alfredo Niceforo[6], o ensino e a educação agrupam-se entre as causas sociais da criminalidade, transformando e, não raro, agravando as suas manifestações.

Existe, conseqüentemente, um delito próprio dos ignorantes e um delito próprio dos homens cultos, do mesmo modo que há uma delinqüência característica das múltiplas categorias sociais — o delito do industrial, do pequeno comerciantes, do funcionário público, do proletário, do médico, do advogado, do militar, do rico e do pobre, do homem do campo e do homem torturado da cidade, o delito da paz e da guerra, e o delito da própria civilização[7].

Às causas mencionadas, acrescentam-se as variações econômicas da produção, do consumo e do preço das utilidades, relacionadas ao poder aquisitivo que o valor da moeda empresta às populações.

Comparando as curvas econômicas com o fenômeno do crime, poder-se-ia descobrir as relações existentes entre êste e a cultura da terra, a escassez ou a abundância da produção, o preço das utilidades mais substanciais à vida, o momento industrial e comercial e as oscilações dos salários[8].

Assim justificamos a singular atenção que estamos dispensando, nesta palestra, às causas econômicas na produção do crime, sem, é claro, adotarmos irrestritamente a interpretação chamada socialista. Para essa escola, que assume uma posição ortodoxa entre as teorias que explicam o delito como puro fato social, êste se resume ao fator econômico. Embora reconheçamos o exagêro dessa concepção, ela se explica com aparência impressionante de verdade, porque, como

6 A. Niceforo, obr. cit.

7 Maurice Parmelee — Criminologia. — Trad. por Julio-Cézar Cerdeiros. Ed. Réus, Madrid, 1925.
André Toulemon — Le Progrés des Institutions Pénales (Essai de Sociologie criminelle). Ed. Recueil Sirey, Paris, 1928.
El crimen profesional de las comadronas, es el aborto; el de los agentes de cambio, el fraude y la usura; el de los Magistrados, la parcialidad; el de los hombres políticos, da corrupción; el de los publicistas, la calumnia. (E. Laurent, — Le criminel — Paris, 1908).

8 A. Niceforo, obr. cit.
H. Von Hentig, obr. cit.
Parmelee, obr. cit.
Turati, obr. cit.
W. A. Bonger — Criminality and economic conditions — Boston, 1916.
G. Tarde — La criminalité et les phenomenes économiques, en el Arch. d'Anth. cri., vol. XVI, 1901.
R. Garofalo — Criminologia — versão portuguêsa de Júlio de Mattos, Ed. Teixeira & Irmão, São Paulo, 1895.

escreve Van Kan[9], entre os fatôres criminógenos, o fator econômico é o mais móvel, o mais variável, o mais sensível às oscilações anuais e que exercem, portanto, a influência mais visível e mais súbita sôbre o movimento de todos os fenômenos que se ligam ao delito. São as oscilações econômicas, acrescenta o mesmo escritor, caprichosas e bruscas, que constituem, na curva da criminalidade, o elemento perturbador e provocam as diferenças que nela se observam de ano para ano. Nem, tampouco, pretendemos repousar inteiramente sôbre os fundamentos do classicismo, que postula o crime como resultante da vontade livre. Haveria demasia, contudo, em repudiá-lo, por completo, porque, afinal de contas, a capacidade individual de discernir entre o bem e o mal absolutos e, em última análise, a capacidade de escolher, é que estão na intimidade da ação, como manifestação do ser consciente.

As regras morais são contemporâneas do próprio advento da consciência, e julga-se mesmo que pouco tenham evoluído de seis mil anos a esta data [9a].

Há preceitos inscritos nos mais antigos documentos, aos quais nada poderíamos hoje acrescentar, e que nem mesmo têm sido cumpridos. Ptah-Hotep, nas instruções que escreveu para o uso dos príncipes egípcios, ao tempo da quinta dinastia, nos mostra o avançado grau de sabedoria atingido naquela época. Uma passagem, apenas. Escutai.

> "Se fôres sábio, cuidarás da tua casa. Acariciarás a tua mulher e alimentá-la-ás. Tu a vestirás e cuidarás dela se adoecer. Encherás seu coração de alegria, durante tôda a sua vida e não serás severo. Serás bom para os teus servos, na possibilidade dos teus meios. A paz e a felicidade se ausentam da casa em que os servos são infelizes..."

Faz cinco mil anos que o sábio professor deu êsse conselho. Quantos anos levará para ser pôsto em prática universal?

Parece possível formular um critério do bem e do mal à luz da

9 La criminalité suit avec une régularité frappante la courbe des fluctuations économiques, et ce, non pas parce que le crime est le produit exclusif du facteur économique, mais en raison de ce que, précisément, parmi tous le facteurs criminogénes, le facteur économique est le plus mobile, le plus variable et le plus éxposé à des oscillations annuelles, et qu'il exerce partout l'influence la plus apparente et la plus soudaine sur le mouvement des phénoménes qui se rattachent a lui. Les autres facteurs qui agissent sur les délits, facteurs d'ordre organique, d'ordre cosmique et tellurique et d'ordre social, non économique, sont, de nature, sujets à des changements annuels restreints et lents, et partant peu apparents. Leur courbe est presque rectiligne. Donc la courbe correspondante de la criminalité que la prémière courbe tient sous sa dépendance, ne manifeste non plus que des variations insensibles et demeure presque identique à elle-même, d'année en année. Ce sont les oscillations économiques, capricieuses et brusques, qui constituent dans la coube de la criminalité l'élément perturbateur et provoquent les diférences qu'on y remarque d'une année à l'autre. (J. Van Kan, Les causes économiques de la criminalité, Paris, 1903).

9a Leconte de Noüy — Human Destiny. Ed. Longmans, Nova York, 1947.

teoria que concede ao aperfeiçoamento do espírito humano o lugar-destino de tôda a evolução.

Bem é aquilo que contribui para o curso da evolução ascendente e afasta o homem do animal em direção à liberdade. Mal é o que se opõe à evolução e escapa a ela, impelindo o homem para a servidão ancestral. Em outras palavras, e do ponto de vista estritamente humano, bem é o respeito da personalidade humana; mal é o desprêzo desta personalidade. O dever do homem, portanto, é o desenvolvimento da sua própria dignidade.

A vida nos mostra constantemente um jôgo de fôrças. Em todos os aspectos existe uma interdependência recíproca de ações que não exclui a vontade e a decisão. Esta não é o resultado de um fenômeno anárquico, nem tampouco de um livre arbítrio absoluto, senão de um processo em que atuam conjunta, ainda que desigualmente, o natural e o cultural. A valorização humana, êsse poder estimativo de valores, é o que determina em sua evolução, dentro dos limites empírico-culturais, a compreensão de que a vontade é livre[10].

Sôbre êste substrato de idéias morais, vivo e palpitante, através da consciência livre do homem, agem diversos fatôres. Um dos mais importantes, sem dúvida, é a contingência econômica, e age com sucesso inversamente proporcional ao estado de desenvolvimento dos preceitos morais de que se reveste a personalidade através da sua experiência milenar. Daí, a plausível explicação da maior ou menor delinqüência de grupos sociais diversos, sujeitos à mesma pressão. E, ainda, a incidência maior ou menor do crime, num mesmo grupo social, submetido aos diferentes períodos críticos de sua história.

As organizações sociais, segundo a presunção teórica da nossa filosofia social, aparecem-nos estabelecidas na base do critério médio, face as condições médias de vida. A conduta é, portanto, a resultante do jôgo dessas duas variáveis, de tal modo que oscila conforme crescem as fôrças de pressão ambiental e os estímulos externos que se combinam com as reações individuais. E' inadmissível encará-la como produto invariável, um modêlo ajustado à lei, quando se reconhece amplamente a extrema versatilidade de ambos os fatôres de que ela resulta.

Ao estabelecer valores, a lei parte da hipótese ideal de que a capacidade de resistência média do homem enfrenta um ambiente de premências e que, sob estas condições, se deve esperar que êle resolva seus conflitos eventuais, segundo aquêle modêlo ajustado à lei.

Depois de examinar a imensa variedade da conduta criminal,

10 Manuel Lopes Rey y Arrojo — Tendencia, Mundo Circundante y Personalidad en Criminologia — 1942.

Edwin Sutherland[11] admite que o processo causal específico do crime reside no desenvolvimento da conduta delituosa sistemática, adotando como certa a fórmula "o crime é a causa do crime".

Von Hentig[12], conquanto entenda parcialmente correta esta teoria, pensa, pressupondo que a pressão do ambiente que nos rodeia não se eleva acima da média de um grau suportável, que a conduta delituosa é uma adaptação defeituosa ao ambiente social. O homem está em condições de se defender por si mesmo em suas contendas individuais. A sociedade, entretanto, criou uma assoberbante superioridade de fôrças que podem proporcionar o bem-estar ao homem ou se erigir entre êste e o prêmio de seus impulsos mais fortes e mais legítimos. As condições normais são substituídas por colapsos críticos ou situações opressoras.

Inúmeras contradições e dificuldades práticas se opõem àquelas teorias. Mesmo abandonando a conceituação de Von Hentig no que concerne à conduta delituosa genuína referente às condições inatas do agente, voltemo-nos para o ambiente social e diremos, com a opinião dos autores, com a nossa experiência e com os nossos próprios números, que a maior parte dos nossos delinqüentes é produto do meio. São, em regra, indivíduos respeitadores da lei enquanto brilha o sol, enquanto a vida econômica decorre sem tropeços e a sua capacidade de adaptação não é solicitada excessivamente.

Nas organizações altamente industriais, quando se preparam as tormentas sociais e se estabelecem as depressões, quando os preços vacilam, desequilibrando o ritmo econômico que deriva da relação salário-produção, aumenta o número de desocupados. Na nossa economia, ainda extrativa ou puramente agrícola, em que "a indústria é um estado de espírito", o sismo econômico é agravado pela falta de organização do trabalho, pela má educação e pela miséria abrumadora em que vivem, em geral, o jeca dos campos e o crioulo das favelas, componentes básicos do proletariado brasileiro. E êsses fatôres representam, em síntese, a estaca zero da nossa estrutura econômica.

Lembremos o imprevisível desfêcho que teve a elevação do custo de vida quando se procurou corrigi-la com aumentos de salários. Deu-se o retraimento da produção, o aumento da vadiagem e novo lance para cima no custo das comodidades. Num trágico círculo, nova depressão se registrou, já agora com sensíveis repercussões no comportamento coletivo.

Pela barra do Tribunal de Justiça, como num instrumento de

11 Edwin Sutherland — Principles of Criminology — J. B. Lippincott Company, Filadelfia, 1939.

12 Hans Von Hentig, obr. cit.

registro, passaram as vagas da criminalidade, deixando nêle impressas as salsugens indeléveis das suas flutuações.

Material e método

Os dados que colhemos se referem ao Estado do Rio Grande do Sul e ao período compreendido entre 1940 e 1948.

O número global e anual das denúncias oferecidas em todo o Estado, segundo cifras obtidas na Procuradoria Geral, permite assinalar um notável crescimento da criminalidade, que o gráfico n.º 1 mostra com surpreendente nitidez.

Há uma indentação à altura dos anos de 1943, 1944 e 1945.

Ainda no mesmo gráfico se registra o movimento do crime no Fôro desta Capital, que segue aproximadamente a mesma linha ascendente e também sofre uma caprichosa indentação nos anos de 1944 e 1945.

Êste último detalhe ganha, assim, significação geral e, possìvelmente, traduz efêmera melhoria devido ao tremendo ímpeto industrial impôsto pela guerra, que também se fêz sentir no Brasil.

Para apreciar a ordem econômica no Estado e estabelecer relação com o aumento do crime apontado, fomos nos valer do magnífico trabalho da autoria do estatístico Januário Prates[13], intitulado Contribuição do Estudo de Problemas Sociais e Econômicos do Rio Grande do Sul.

Êsse autor procura avaliar o custo de vida pela despesa média por pessoa, estabelecendo percentagens de aumento. Para realizá-lo, escolheu quatorze produtos, calculou o consumo médio anual por pessoa, determinou o valor total de cada produto e somou todos os valores para chegar à despesa média anual relativa ao período de 1939 a 1946. Finalmente, extraiu a percentagem de aumento entre os anos indicados. Essas determinações foram feitas para cada uma das regiões geográficas em que está dividido o Estado. Somando os aumentos percentuais e dividindo pelo número de zonas, obteve a média do Estado — 121 %.

Não há, é certo, uma correspondência cronológica exata entre a nossa estatística do crime, de 1940 a 1948, e o levantamento econômico de Januário Prates, de 1939 a 1946; mas, a se julgar pela própria tendência ascendente da curva da criminalidade, pode-se esperar retrospectivamente para o ano de 1939 uma cifra ao redor de 2.300 denúncias.

Portanto, houve entre os anos de 1939 a 1946 um aumento de aproximadamente 100 % do crime no Estado, o que representa um

13 Januário Prates, Estatístico Chefe do Departamento Estadual de Estatística, Órgão Regional do IBGE, Rio Grande do Sul — Fevereiro, 1947.

estreito paralelismo com o aumento de 121 % verificado no custo de vida.

Utilizamos, na segunda forma estimativa, um levantamento da população carcerária da Casa de Correção desta Capital, no ano de 1948, relacionando 1.263 condenados pela qualidade da infração, distribuída pelos municípios de origem[14]. Dêsses municípios adotamos a divisão de Januário Prates[15], conforme a distribuição da propriedade em agrícola e pastoril, formando três grupos ou zonas, preponderantemente pastoril, preponderantemente agrícola e, finalmente, a de economia mista, agrícola, pastoril e com alguma concentração industrial. Se aos municípios de cada um dêsses grupos atribuirmos o coeficiente percentual dos crimes contra o patrimônio, podemos obter a média dos coeficientes para cada grupo, e, então, verificamos que, na zona da pecuária, em que a propriedade pastoril está para a propriedade agrícola como 15 está para 1, o coeficiente percentual dos crimes contra o patrimônio é de 43 %.

Procedemos da mesma forma para as áreas restantes. Os resultados finais estão tabulados no quadro n.º 1.

Incidentalmente, julgamos oportuno mostrar, em números globais, a distribuição ou tendências do crime no Estado, utilizando, para isso, ainda os 1.262 condenados recolhidos, no ano de 1948, à Casa de Correção desta Capital.

Ressalta do gráfico n.º 2 a extraordinária superioridade numérica dos delitos contra o patrimônio. Os crimes contra as pessoas ocupam o segundo lugar, os contra os costumes o terceiro e, assim, sucessivamente.

A distribuição por idade e pelas profissões dos condenados permite, ainda, observar que a percentagem delitual se exacerba naquela fase da vida em que o homem combina a maior fôrça muscular, a maior agilidade mental e os mais violentos desejos de um máximo de atividade, culminando, então, no delito da plena mocidade; e quanto às profissões, se constata que o maior número de criminosos pertence às categorias mais humildes, em que a penúria cria um constante estado de carências[16].

Discussão

Estão apresentados os elementos que colhemos para êsse trabalho de pesquisas. E' chegado o momento de tirar dêles as observações correspondentes e, finalmente, num complemento lógico, a lição útil.

14 Relatório da Secção Penal e de Expediente, Casa de Correção, 1948.
15 J. Prates, trab. cit.
16 V. quadro das profissões dos condenados no apêndice.
V. gráfico n.º 3.

Nada de paradoxal foi observado, os fatos se ajustam à experiência de outros pesquisadores.

A opinião de Parmelee, que é um dos mais consagrados tratadistas contemporâneos, assim, conclui, depois de um estudo comparativo, em que reproduz gràficamente as tabelas de Von Mayr, Corne e Tarnowski, "(os fatos econômicos) indicam, desde logo, que existe uma relação causal entre o bem-estar econômico e os delitos contra a propriedade"[17].

Como ilustração comparativa dos nossos achados damos os gráficos que aquêle autor apresenta (gráficos ns. 4 e 5).

Houve sempre resistência em aceitar, oficialmente, a pobreza como causa de delito. Os primeiros estudos sôbre a delinqüência e as condições econômicas se fizeram tardiamente. Tomou-se como descobrimento revolucionário a declaração de Von Mayr[18], feita em 1867:

> "Cada níquel de aumento no preço do trigo, durante o período de 1833 a 1861... produziu um roubo a mais em cada cem mil habitantes na Baviera... enquanto que a mesma diminuição de um níquel preveniu um caso de furto na mesma proporção.".

17 Pero mucho más extensamente que os factores económicos estacionales, influyen los factores que tienen lugar analógicamente con el ciclo comercial, y con la evolución industrial debida al perfeccionamiento de los métodos de producción. La correlación entre esos factores económicos y de la delincuencia es marcada por las estadísticas de la fluctuación de los precios y las estadísticas de el numero de delitos cometidos o de el número de delincuentes convictos.

Los cuadros que acompañam indican la directa correlación entre los precios del trigo y los delitos contra la propriedad en Inglaterra e Gales y en Francia, y entre los precios del centeno y los convictos por robo en Rusia. Esos cuadros indican que en esas naciones hay una tendencia general al aumento de los delitos contra la propiedad a medida que el precio de los cereales aumenta, y una tendencia a su disminuición cuando esos precios caen. La correlación no es siempre exacta, pusto que frecuentemente hay un notable retardo, que no debe ser extrañado puesto que se requiere un pequeño tiempo para que esas fluctuaciones económicas influyan sobre la delincuencia. Muchas más estadísticas podrían ser citadas que demostrarían que una situación similar existe en otras naciones, y hay razón para creer que esa correlación mantiene regularidad en todo el mundo.

Es también posible demostrar la correlación inversa, que existe entre cambios en los jornales y los delitos contra la propiedad, puesto que según los jornales aumentan, los delitos tienden a decrecer, y si los jornales caen la tendencia en los delitos es al aumento. Esta correlación no es tan ajustada o tan aparente como la correlación directa entre esos delitos y los precios, porque los jornales cambian más despacio que los precios, y, por lo tanto, no pueden tener un efecto inmediato sobre la extensión de la delincuencia.

Ahora bien, cambios en precios y jornales, usualmente causa cambios en el bienestar económico de la gran mayoria del pueblo. Un aumento en los precios, especialmente, en los precios de aquellos artículos considerados de primera necesidad, arrastra, ciertamente, el aumento de coste de vida para las clases pobres, puesto que los jornales no aumentan tandeprisa como los precios. De semejante manera, una caída de los jornales puede causar el aumento del precio de vida, aunque esto ocurra raramente, pues los precios acompañan usualmente la baja de jornales, tan o aún más rápidamente. Estos hechos indican, desde luego, que existe una relación causal entre el bienestar económico y los delitos contra la propriedad. (Parmelee, pag. 74 a 76, obr. cit.).

E. Fornarini di Verce — La criminalité e le vicende economique l'Italia — Turin, 1894. Bonger, obr. cit.

18 G. Von Mayr — Statistik der Gerichtlichen Polizei im Königreiche Bayern — Beiträge zur Statistik im Königreiche Bayern, München, 1867.

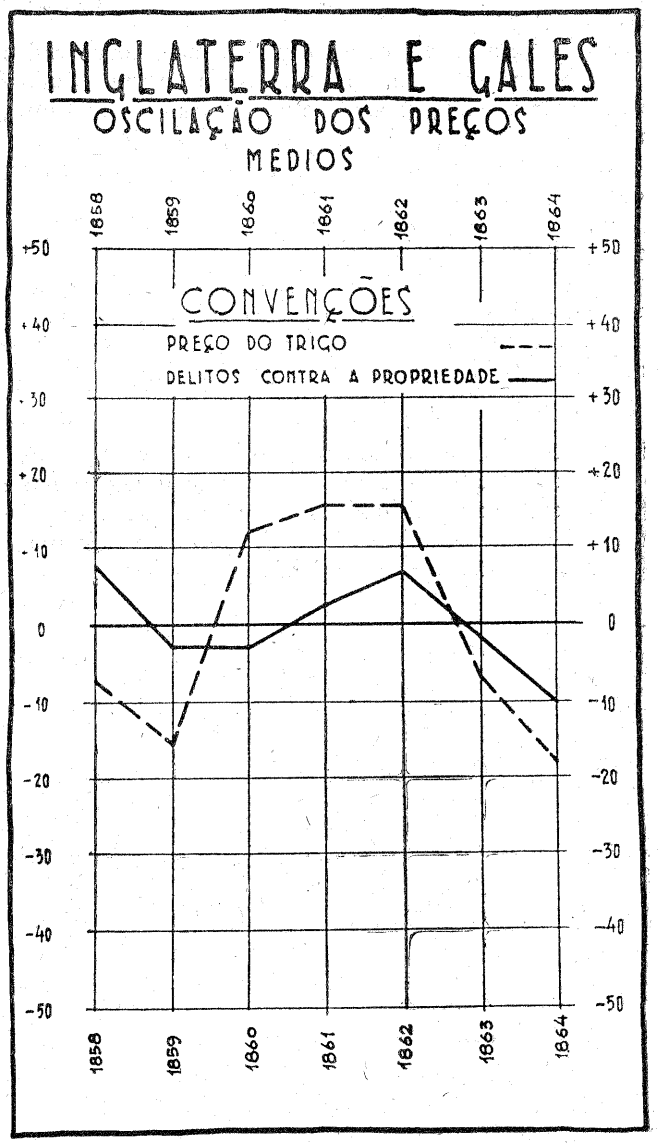

INGLATERRA E GALES
OSCILAÇÃO DOS PREÇOS
MEDIOS
1858
1859
1860
1861
1862
1863
1864
+50
+40
+30
+20
+10
0
-10
-20
-30
-40
-50
CONVENÇÕES
PREÇO DO TRIGO
DELITOS CONTRA A PROPRIEDADE

GRÁFICO N.° 4


MOVIMENTO DO CRIME
7000
6000
5000
4000
3000
2000
1000
0
2907
3082
3433
5122
4572
3276
4588
4702
6041
350
447
717
1029
904
701
995
1510
2249
1940 1941 1942 1943 1944 1945 1946 1947 1948
1940 1941 1942 1943 1944 1945 1946 1947 1948
NO ESTADO
NA CAPITAL

GRÁFICO N.º 1

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CRIMES CONTRA O PATRIMONIO -

ZONAS	PROPRIEDADE		CRIMES CONTRA O PATRIMONIO
	PECUARIA	AGRICOLA	
PASTORIL	15	1	43,4%
MISTA	3,3	1	37,4%
AGRICOLA	0,74	1	23%

QUADRO N.º 1

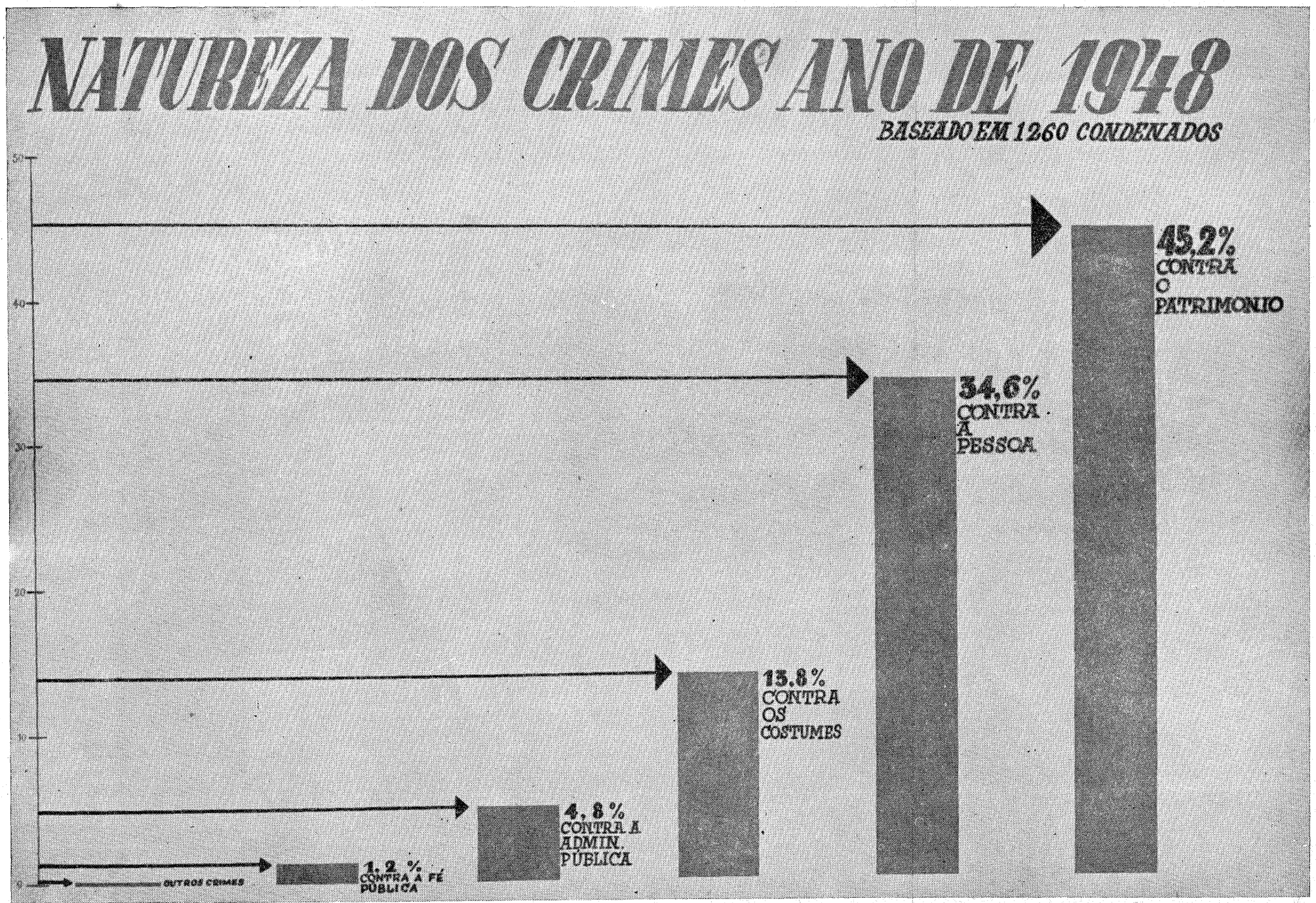

NATUREZA DOS CRIMES ANO DE 1948
BASEADO EM 1260 CONDENADOS
50
40
30
20
10
0
45,2%
CONTRA
O
PATRIMONIO
34,6%
CONTRA
A
PESSOA
13,8%
CONTRA
OS
COSTUMES
4,8%
CONTRA A
ADMIN.
PÚBLICA
1,2 %
CONTRA A FÉ
PÚBLICA
OUTROS CRIMES

GRÁFICO N.º 2


INDICE DA IDADE
DOS CRIMINOSOS
NUMERO
IDADE
0 10 20 30 40 50 60 70 80 90 100 110 120 130 140 150 160
12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70
2 3 12 18 33 44 76 111 111 128 139 154 157 114 136 95 88 66 82 42 69 55 39 51 27 34 38 31 23 33 19 19 36 28 15 14 34 14 16 6 7 5 4 6 2 2 5 6 5 3 2 2 1 1 2 0 4 1 0

GRÁFICO N.º 3

m, que, tanto na Baviera dos meados do século pas-
Rio Grande do Sul de 1940, o preço do pão tem,
real significação na conduta coletiva, cujo expoente
:lo inferior, é representado pelo crime.

:udos se fizeram desde aquela época na Europa e em
ıtes. Quase todos confirmaram a tese de Von Mayr.
os tipos de prosperidade econômica ou de penúria
. Na Inglaterra e França se tratava do preço do
manha e nos Países Escandinavos, do centeio. Na
Bálcans, do milho e no Egito, do algodão. O quadro,
ı claro e convincente nos tempos de Von Mayr e na
la, tornou-se gradativamente confuso. Os preços dos
n substituídos por outros fatôres mais poderosos e
ram substituídos pelo índice das matérias-primas, dos
:portações e importações, da produção do ferro e do
ı sucessivamente. Os índices industriais começaram,
ıar o aumento e a redução da curva dos delitos.

ão entre os delitos e os índices comerciais é restrin-
s contra o patrimônio. Os delitos de violência e os
parecem seguir normas diferentes[19].

a apreciar o nosso gráfico n.º 1. O declive que se
minalidade, nos anos de 1943, 1944 e 1945, coincide
om a fase econômica daqueles anos em que a indús-
ı ritmo acelerado, em que tôda a produção alcançou
s, em que a moeda fácil circulava tonta, em que o
ı, pràticamente, levado pela mão ao local do trabalho,
ários excepcionais. Êsse período encerrou-se bruscа-
também de súbito, com a cessação das hostilidades,
fontes de divisas estrangeiras e a produção nacional
aos seus próprios recursos. O aumento da crimina-
vinha verificando até 1943, retomou a sua progressão
ímpeto do crescente custo de vida, mas já, agora, em
mais graves e apreensivas, porque o recondiciona-
se processar num regime deflacionário, com enormes
produção e retraimento total das atividades que de-
lho às massas produtoras. Não se diga que êsse fe-
uas raízes no puro e simples crescimento vegetativo

ción entre el delito y los índices comerciales es restringida a los delitos
l, excluyendo el fraude, pero incluyendo muchos casos de incendia-
contra la propiedad son hurto, robo con escalo, robo, vagancia y
a un cierto grado la prostitución y el proxenetismo. Delitos de vio-
ıales parecen seguir distintas normas. (Hans Von Hentig., obr. cit.).
re os crimes contra a propriedade e as desigualdades sociais torna-se
nderância enorme dos ladrões nas classes ínfimas. (Turati, obr. cit.).

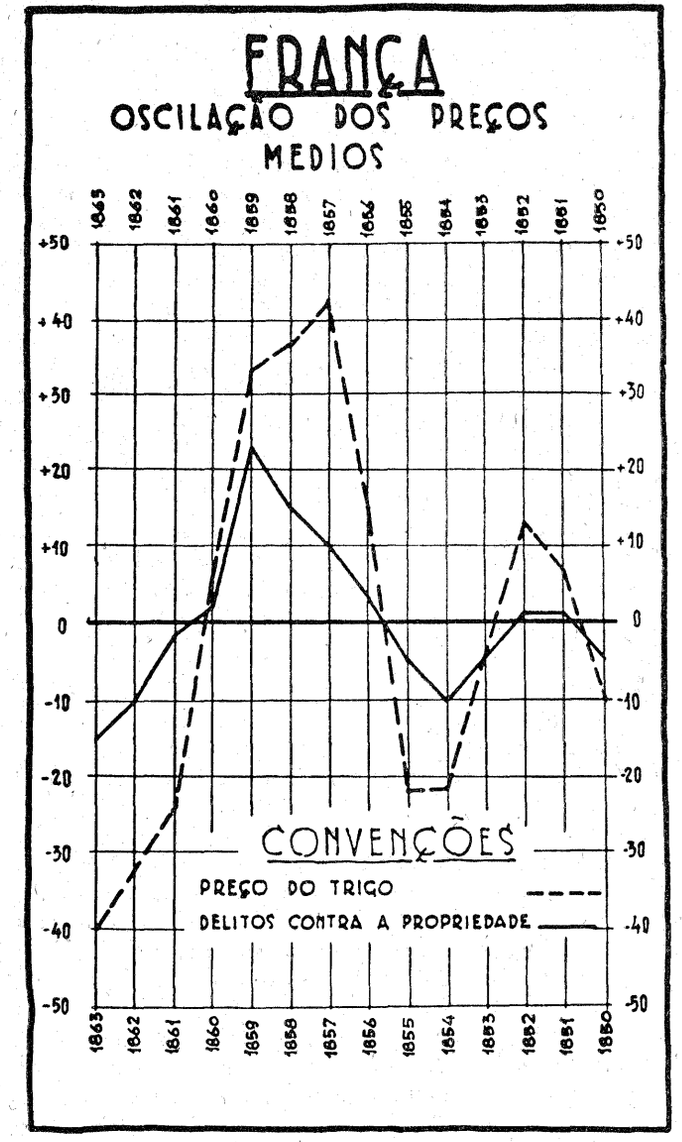


GRÁFICO N.º 5

da população, pois esta teve, no período de 1940 a 1948 um crescimento, de acôrdo com as estatísticas oficiais, de apenas 17 %[20].

O panorama social de Pôrto Alegre[21], já uma metrópole, contém diversos outros elementos que lhe dão uma posição singular dentro do Estado, embora, em linhas gerais, não constitua uma dissonância absoluta. Com efeito, nas grandes cidades deparamos com problemas oriundos da promiscuidade, da deslocação de massas e do acentuado atrito entre as classes, credos e etnias.

A representação, as tentações, a emulação, os vícios, são elementos desencadeantes de conflitos que assumem feições diversas daqueles que se verificam nos campos e que descrevem uma curva delinqüencial própria dos centros urbanos de grande densidade.

E' o que exatamente se observa no levantamento do gráfico n.º 1. Mas, por isso mesmo, por ser uma delinqüência em que a linha causal sofre tantas flutuações fora da esfera econômica, é que nós a julgamos sem propósito nesse trabalho e a deixamos de lado.

Atentemos, agora, ao quadro n.º 2 que mostra desigualdades comparáveis na distribuição do crime e da propriedade.

E' lícito, desde logo, perguntar, por que devemos considerar como zonas econômicamente inferiores aquelas em que há predominância da grande propriedade.

Evidentemente, a explicação reside no fato de que a riqueza *per capita* naquela zona é inferior à da zona agrícola, na qual há um equilíbrio razoável entre a pequena e a grande propriedade. Daí o fato de que, naquela, maior é o número dos indivíduos à beira emocional do crime.

Januário Prates[22], com excelente discernimento, assim se expressa sôbre êsse assunto:

> "Sabemos perfeitamente que, nas zonas rurais, existem duas classes distintas: a que tem pouco ou muito e a que nada tem.
> A situação de miséria da última classe é total. As famílias, na sua maioria, possuem muitos filhos e nenhum recurso. São verdadeiros marginais do campo, ou melhor, duplos marginais, porque vivem à margem da sociedade e das estradas".

Em contraposição a essas afirmativas, a alentadora cifra refe-

20 V. Documento do Serviço de Estatística Demográfica e Judiciária do Departamento Estadual de Estatística do Rio Grande do Sul, Órgão Regional do IBGE, anexo ao apêndice.

21 Parmelee, obr. cit.
Hablando del crimen en las regiones civilizadas (Europa en particular), en relación con la densidad de la población, Lombroso dice que: "los robos aumentan con la densidad, asi como los homicidios disminuyen". (C. Lombroso, Crime, its causes and remedies, Boston, 1911. Apud Parmelee, obr. cit.).

22 Januário Prates, trab. cit.

rente à zona agrícola tem como base a diferença de riqueza que o próprio quadro revela, mas também é certo, e deve ser considerado, que há profundas diferenças culturais entre os dois grupos.

A tradição cultural da zona pecuária remonta em linha direta ao privatismo patriarcal ou semipatriarcal que, segundo Gilberto Freyre, ainda nos domina.

Já as condições prevalentes na colônia derivam de raízes que são um transplante direto da Europa democratizada do último século.

Aquêle privatismo patriarcal cria, através de sua elite, fôrças psicofisiológicas capazes de exercer contrôle sôbre as classes inferiores que, por sua própria subordinação econômica incondicional, esperam de cima o princípio e a receita do seu processo de comportamento social.

O colono é poupado às imposições feudais. Traz dentro de si mesmo os gérmens de uma concepção própria de vida, com disciplina e norma comuns. Apenas na aparência tem o homem da colônia tomado do antigo senhor da terra o gesto, a voz e, mesmo, algo do ritual. No fundo, há diferença fundamental de temperamento e, ainda que não houvesse, a divisa próxima da pequena propriedade estaria ali a limitar a proporções escassas o mandonismo que quisesse copiar.

Tanto quanto os fatôres econômicos, é iniludível a influência que podem exercer sôbre o comportamento coletivo êsses motivos culturais.

Na zona mista, afinal, uma simples mistura dos componentes essenciais da lavoura e da sesmaria, temos, também, a média numérica no percentual de crimes contra a propriedade. Esta região desempenha, portanto, o papel de assessor de valores, qual se fôra uma contraprova das nossas observações.

Afigura-se-nos de pouca significação, porque extremamente diluída, a presença de núcleos industriais pelo interior do Estado.

Os números absolutos da massa operária são, na realidade, insignificantes, como se vê, ainda no trabalho de Januário Prates, em que mesmo Pôrto Alegre aparece com 28.330 operários, isto em 1946, quando a população da Capital se estimava em 386.400 habitantes.

O que será em Cachoeira, Pelotas, Santa Maria, Livramento, Rosário, Bagé?

Em números relativos, eis as percentagens[23]:

Pôrto Alegre	1,08 %
Santa Maria	1,4 %
Livramento	3,6 %

23 J. Prates, trab. cit.

Pelotas	5,7 %
Rosário	2,4 %
Cachoeira	1,4 %
Bagé	2,7 %

Em trabalho desta natureza, é sempre necessário fazer uma aferição tão correta quanto possível.

O método estatístico é essencialmente o método dos grandes números ou das amostras representativas dos grandes números.

Exatamente, em nosso trabalho, pretendemos que os dados colhidos na Casa de Correção constituam uma amostra representativa do crime no Estado. Será honesto dizer, entretanto, que êstes números representam apenas uma parte da verdade, nem de longe tôda a verdade, mas tôda a verdade acessível. Não há outra.

Como contar os peixes que escapam às malhas da rêde e os que nem sequer vêm à rêde?

Sabemos, e é de consenso universal, que a justiça, curiosamente, se mostra mais rígida com relação aos delitos contra o patrimônio, mais magnânima com os delitos sexuais. Em tudo há o elemento imponderável da simpatia de classe, do sexo e da cultura.

Mesmo assim, o proletário do crime que reside no cárcere representa a súmula significativa das condições sociais vigorantes.

Se as condenações por furto crescem, pode-se razoàvelmente admitir também, que contra essa modalidade de crime se ergue mais severa do que antes a justiça punitiva. A condenação, portanto, não é mais do que a soma do delito provado e do rigor judiciário exacerbado pela própria conjuntura econômica.

Admitimos, assim, que o veio estatístico minerado tem as limitações que apontamos, mas tem, sobretudo, o valor da síntese, e o valor do fato incontrovertido, verídico.

Conclusões

1. Verificou-se no Rio Grande do Sul um sensível aumento da criminalidade no período compreendido entre 1940 e 1948, aumento que acompanhou o crescente custo de vida durante o mesmo período. Existe, ademais, indiscutível coincidência entre ambos os ritmos de crescimento, o que permite relacioná-los como causa e efeito. Esta presunção é consideràvelmente fortalecida pela conclusão imediata.

2. Nas áreas de menor equilíbrio de riqueza, os crimes contra o patrimônio são de muito maior freqüência, o que é, provàvelmente, devido à distribuição desproporcional daquela.

A lei científica e universal que estabelece a íntima relação entre as perturbações econômicas e a conduta coletiva, foi, assim, comprovada à luz de uma experiência que se prolonga ainda.

APÊNDICE

MUNICÍPIOS PASTORIS

MUNICÍPIOS	Riqueza Média		Crimes contra o patrimônio %
	Pecuária	Agrícola	
Alegrete	6.150	200	62,5
Cacequi	6.419	698	33,3
Dom Pedrito	6.557	32	47,5
Quaraí	5.643	110	50,0
São Gabriel	3.687	210	63,5
Uruguaiana	7.636	275	23,4
Arroio Grande	4.486	1.080	33,3
Caçapava do Sul	4.355	116	0
Cangussu	1.404	328	30,0
Encruzilhada do Sul	2.380	428	45,0
Herval	9.343	145	63,6
Jaguarão	3.600	328	76,4
Lavras do Sul	7.655	167	100,0
Pinheiro Machado	7.933	130	28,5
Piratini	3.861	307	25,0
Itaqui	7.128	502	33,3
Santiago	3.700	85	20,0
São Borja	5.972	378	40,5
São Farncisco de Assis	5.324	514	33,3
Aparados da Serra	5.604	115	33,3
Santa Vitória do Palmar	8.740	216	69,2
General Vargas	4.148	477	21,3
Viamão	1.721	663	60,0
Rio Pardo	1.077	746	40,0
São Pedro do Sul	1.379	265	10,0

MUNICÍPIOS PASTORIS, AGRÍCOLAS E INDUSTRIAIS

Pôrto Alegre	44	16	57,0
Bagé	3.702	100	48,1
Livramento	3.678	351	20,0
Rosário do Sul	5.672	436	31,7
Tupanciretã	4.439	182	50,0
Pelotas	204	402	56,9
Rio Grande	426	715	76,5
Caxias do Sul	228	524	50,0
Santa Maria	750	208	33,3
Canôas	283	314	33,3

MUNICÍPIOS	Riqueza Média		Crimes contra o patrimônio %
	Pecuária	Agrícola	
São Jerônimo	756	219	23,0
Cachoeira do Sul	1.773	572	37,5
Cruz Alta	2.836	375	16,6
Júlio de Castilhos	4.403	417	50,0
Passo Fundo	610	261	43,9
Bento Gonçalves	345	1.062	7,1
Novo Hamburgo	163	53	33,3
São Leopoldo	355	198	23,2
Santa Cruz do Sul	720	871	51,8
Sobradinho	660	720	33,3
Canela	272	224	33,3
São José do Norte	1.846	1.758	0
Montenegro	563	403	47,8

MUNICÍPIOS AGRÍCOLAS

Antônio Prado	788	750	0
Arroio do Meio	820	1.029	33,3
Caí	303	655	33,3
Candelária	725	1.246	37,5
Encantado	774	319	90,0
Estrêla	1.301	1.302	69,2
Farroupilha	395	1.032	0
Flôres da Cunha	445	1.060	0
Garibaldi	810	627	33,3
Guaporé	673	488	0
Lajeado	897	992	33,3
Nova Prata	754	1.144	0
Santo Antônio	326	930	13,0
Taquara	699	815	48,7
Taquari	507	2.186	0
Venâncio Aires	484	567	0
Veranópolis	589	729	0
Santa Rosa	530	1.289	29,4
São Luiz Gonzaga	1.651	1.046	34,0

Januário Prates — Contribuição ao Estudo dos Problemas Sociais e Econômicos do Rio Grande do Sul — Dados que serviram de base ao quadro n. 1, sendo que a percentagem dos crimes contra o patrimônio foi por nós acrescentada, de acôrdo com a situação dos presos existentes na Casa de Correção em 1.º/1/1948 e dos que nela ingressaram no decurso do mesmo ano, em relação, quantitativamente, às localidades do interior do Estado, de onde procederam, e aos respectivos delitos.

CUSTO DA VIDA

Produtos	Consumo Diário "per capita"
Arroz	40 gr. (Estado 1945)
Batatinha	80 " " "
Feijão	54 " " "
Carne	55 " " "
Leite	153 " (cidades 1944)

DESPESA MÉDIA POR PESSOA E PERCENTAGENS DE AUMENTO DO CUSTO DA VIDA

REGIÕES	Despesa média Cr$		% de aumento 39/46
	1939	1946	
1.ª Missões	346	732	111
2.ª Planalto Médio	344	742	116
3.ª Planalto do Nordeste	337	781	132
4.ª Litoral	345	764	122
5.ª Campanha	347	767	121
6.ª Serra do Sudeste	342	762	123
7.ª Depressão Central	340	743	118
8.ª Encosta da Serra	316	711	125
Média das zonas	336	750	—
Média do Estado	323	709	121

J. Prates, trab. cit.

DADOS GERAIS

Custo de Vida — Riqueza Pecuária e Agrícola — Crimes contra o Patrimônio

Anos 39/46

Municípios e Regiões	Aumento do custo da vida %	Riqueza Média		Crimes contra o patrimônio %
		Pecuária	Agrícola	
Missões				
Iraí	96	411	412	50,0
Itaqui	121	7.128	502	33,3
Jaguari	106	740	381	29,6
Palmeira das Missões	106	928	140	24,6
Santa Rosa	133	530	1.289	29,4
Santiago	97	3.700	85	20,0
Santo Ângelo	124	1.320	156	35,5
São Borja	125	5.972	378	40,5
São Francisco de Assis	111	5.324	514	33,3
São Luiz Gonzaga	93	1.651	1.046	34,0
Três Passos	—	—	448	0
Total	110	1.753	588	
Planalto Médio				
Carazinho	105	785	535	25,0
Cruz Alta	97	2.836	375	16,6
Erechim	120	851	838	25,5
Getúlio Vargas	107	1.748	686	28,6
Ijuí	117	961	709	42,2
Júlio de Castilhos	135	4.403	417	50,0
Marcelino Ramos	—	833	524	25,0
Passo Fundo	104	610	261	43,9
Sarandi	130	1.634	461	18,5
Soledade	115	1.376	307	33,3
Tupanciretã	126	4.439	182	50,0
Total	116	1.413	497	
Planalto do Nordeste				
Aparados da Serra	134	5.604	115	33,3
Lagôa Vermelha	112	2.006	718	19,3
São Francisco de Paula	136	3.144	61	20,8
Vacaria	147	2.042	199	36,9
Total	132	2.686	377	

Municípios e Regiões	Aumento do custo da vida %	Riqueza Média		Crimes contra o patrimônio %
		Pecuária	Agrícola	
Litoral				
Osório	134	537	775	14,3
Rio Grande	137	715	426	76,5
Santa Vitória do Palmar	105	8.740	216	69,2
São José do Norte.....	138	1.846	1.758	0
Tôrres	97	345	732	0
Total.....	122	1.546	691	
Campanha				
Alegrete	125	6.150	200	62,5
Bagé	121	3.702	100	48,1
Cacequi	—	6.419	698	33,3
Dom Pedrito	103	6.557	32	47,5
Livramento	133	3.678	351	20,0
Quaraí	124	5.643	110	50,0
Rosário do Sul.....	110	5.672	436	31,7
São Gabriel	128	3.687	210	63,5
Uruguaiana	124	7.636	275	23,4
Total.....	121	5.125	233	
Serra do Sudeste				
Arrôio Grande	144	4.485	1.080	33,0
Caçapava do Sul.....	103	4.355	116	0
Camaquã	108	1.322	1.243	11,7
Cangussú	137	1.404	382	30,0
Encruzilhada do Sul....	109	2.380	428	45,0
Herval do Sul.....	131	9.343	145	63,6
Jaguarão	132	3.600	328	76,4
Lavras do Sul.....	93	7.655	167	100,0
Pelotas	146	204	402	56,9
Pinheiro Machado.....	111	7.933	130	28,5
Piratini	124	3.861	307	25,0
São Lourenço do Sul....	128	1.292	2.136	27,3
Tapes	140	808	950	0
Total.....	123	2.279	618	
Depressão Central				
Bom Jesus do Triunfo..	101	1.189	599	11,1
Cachoeira do Sul.....	131	1.773	572	37,5

Municípios e Regiões	Aumento do custo da vida %	Riqueza Média		Crimes contra o patrimônio %
		Pecuária	Agrícola	
Canoas	104	283	314	33,3
General Câmara	121	1.497	315	16,6
General Vargas	114	4.148	477	21,3
Gravataí	115	605	378	16,6
Guaíba	116	1.019	1.287	14,3
Pôrto Alegre	118	44	16	57,0
Rio Pardo	115	1.077	746	40,0
Santa Maria	126	750	208	33,3
São Jerônimo	113	756	219	23,0
São Pedro do Sul.....	110	1.379	265	10,0
São Sepé	140	3.476	333	0
Viamão	128	1.721	663	60,0
Total.....	118	811	299	
Encosta da Serra				
Antônio Prado	135	788	750	0
Arroio do Meio.....	97	820	1.029	33,3
Bento Gonçalves	134	345	1.062	7,1
Caí	135	303	655	33,3
Candelária	112	725	1.246	37,5
Canela	—	272	224	33,3
Caxias do Sul.....	115	228	524	50,0
Encantado	114	774	319	90,0
Estrêla	103	1.301	1.302	69,2
Farroupilha	99	395	1.032	0
Flôres da Cunha.....	114	445	1.060	0
Garibaldi	117	810	627	33,3
Guaporé	114	673	488	0
Lajeado	103	897	992	33,3
Montenegro	115	563	403	47,8
Nova Prata	81	754	1.144	0
Novo Hamburgo	136	163	53	33,3
Santa Cruz do Sul.....	130	720	871	51,8
Santo Antônio	111	326	930	13,0
São Lopoldo	137	355	198	23,2
Sobradinho	125	660	720	33,3
Taquara	143	699	815	48,7
Taquari	110	507	2.186	0
Venâncio Aires	120	484	567	0
Veranópolis	111	589	729	0
Total.....	125	585	749	

J. Prates, trab. cit. A percentagem dos crimes contra o patrimônio foi por nós acrescentada, de acôrdo com a situação dos presos existentes na Casa de Correção em 1.º/1/48 e dos que nela ingressaram no decurso do mesmo ano, em relação, quantitativamente, às localidades do interior do Estado, de onde procederam, e aos respectivos delitos.

QUADRO DAS PROFISSÕES DOS CONDENADOS[1]

2.272 Condenados

Agricultores[2]	527	Marinheiros	4
Jornaleiros	476	Polidores	4
Comerciários	165	Tipógrafos	4
Pedreiros	97	Tecelões	4
Operários	96	Açougueiros	3
Motoristas	88	Guindasteiros	3
Mecânicos	84	Instaladores	3
Pintores	58	Jardineiros	3
Carpinteiros	39	Pescadores	3
Comerciantes	34	Serralheiros	3
Padeiros	32	Artistas	2
Militares	29	Classificadores	2
Sapateiros	29	Corretores	2
Marceneiros	27	Condutores	2
Func. públicos	26	Carvoeiros	2
Criadores	24	Curtidores	2
Marítimos	24	Colchoeiros	2
Cozinheiros	22	Dentistas	2
Barbeiros	21	Fundidores	2
Oleiros	21	Madeireiros	2
Mineiros	19	Magarefes	2
Eletricistas	18	Músicos	2
Estivadores	17	Médicos	2
Ferroviários	17	Niqueladores	2
Garçãos	15	Relojoeiros	2
Alfaiates	14	Sacerdotes	2
Industriários	13	Propagandistas	2
Ferreiros	11	Taifeiros	2
Engraxates	10	Tanoeiros	2
Funileiros	10	Viajantes	2
Enfermeiros	9	Vendedores	2
Foguistas	9	Alambradores	1
Carroceiros	7	Bancários	1
Datilógrafos	7	Carneadores	1
Tintureiros	7	Conferentes	1
Encadernadores	6	Chapeadores	1
Lustradores	6	Carteiros	1
Maquinistas	6	Desenhistas	1
Serradores	6	Guardas Noturnos	1
Soldadores	6	Impressores	1
Domadores	5	Professores	1
Estudantes	5	Pilotos aviadores	1
Guardas-Civis	5	Torneiros	1
Gráficos	5	Tropeiros	1
Jornalistas	5	Tratoristas	1
Jóqueis	5	Vidraceiros	1
Correeiros	4	Zeladores	1
Fotógrafos	4	Comp. de cavalos	1
Guarda-livros	4	Não consta	5

1 Relatório da Casa de Correção — 1948.
2 Na grande maioria não são proprietários e sim empregados ou peões nas zonas rural ou agrícola.

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTATÍSTICA

(Órgão Regional do I. B. G. E.)

Rio Grande do Sul — Brasil

Serviço de estatística Demográfica e Judiciária

ESTIMATIVA DA POPULAÇÃO

	Pôrto Alegre	Estado
31/12/40	276.600	3.395.310
31/12/41	282.550	3.444.055
31/12/42	286.560	3.511.830
31/12/43	294.480	3.578.620
31/12/44	300.450	3.651.150
31/12/45	306.400	3.723.690
31/12/46	313.900	3.809.730
31/12/47	321.500	3.902.540
31/12/48	329.100	3.991.490

VISTO

DIRETOR GERAL

CONFERE

16/9/49

CHEFE DE SERVIÇO

JOAQUIM NABUCO *)

Werter Faria

Que significa para nós, discentes de uma Faculdade de Direito, a celebração do centenário de Joaquim Nabuco? Uma homenagem na qual fazemos transparecer a paixão da justiça e o amor à lei, magnetes para que converge o nosso espírito. Paladino da abolição e guarda da liberdade, Nabuco simboliza-os.

Era um foco que deslumbrando comprimia ao redor a mocidade. Cem anos decorridos do seu nascimento, ela lhe comemora a glória da existência e avança para o futuro envolvida na esteira de luz que de sua vida para sempre restou. Por êsse rasto procura a justiça e não desanima de encontrá-la.

Enquanto os israelitas demandavam Canaã, precedia-os uma nuvem que à luz se enegrava e no escuro refulgia. Os instantes de sol na vida dos povos têm à frente a fumaça preta do desconhecido, mas nos momentos negros e de sofrer põe-se diante o clarão da crença. Que fé será a que suaviza o percurso interminável das gerações em busca do bem, do justo e da felicidade? É a certeza de que seguir idéias é enobrecer a vida, iluminar a história e honrar os mortos.

"Os mortos, escreveu-lhe Machado de Assis, são sòmente ausentes". Da distância infinita que os separa da pátria, governam-lhe o destino; nas emprêsas supremas indicam-lhe a rota.

Quando a democracia é expulsa de um território, daqui o pensamento emigra para o alto como se fôsse acusar a perseguição e os malfeitores que repudiam as conquistas espirituais dos grandes mortos e os corações se mudam em lamparinas e ardem em protesto de devoção e fidelidade, como as dos altares acesas eternamente a Deus.

Outra solenidade não excederá, em expressão e sentido, à que recebe sua memória neste recinto, único refúgio da liberdade, único abrigo da justiça, único asilo do pensamento, quando as vagas da tirania se levantam bramindo e destroçando.

Nos assaltos que fazem à América Latina, uma por uma se quebram, como as ondas do mar enraivecidas pelos astros se destróem batendo nas rochas, se quebram de encontro à denúncia e advertência de um liberal que não se rendeu, escrita para evitar que os outros capitulem. As marés revolucionárias que afogam a cultura e

*) Oração proferida em nome do Centro André da Rocha, na solenidade universitária em homenagem ao excelso brasileiro.

o progresso moral dos países do Novo Mundo, são originadas por uma fôrça desencadeada dos próprios sistemas constitucionais, porque só os pode "tolerar uma nação como a norte-americana, cuja opinião é uma fôrça que levaria de vencida qualquer govêrno, cujos partidos são exércitos que dentro de horas se levantariam armados sob o comando de seus chefes".

Os homens se repartem por duas áreas inimigas: a do idealismo e a do interêsse. Nesta jamais Nabuco penetrou.

Vindo do patriciado, ombreou com as classes desvalidas; eleito da superioridade, transformou o talento em lenitivo dos padecimentos do negro e do explorado. Cometeu o heroísmo, repito o têrmo de Graça Aranha, de separar-se da sua casta. "Êle se antecipou à luta em que ainda hoje nos encontramos todos os que dentro de programas políticos diversos, e até de partidos antagônicos, proclama Gilberto Freyre, combatemos o que continua a haver na economia brasileira — hoje nas grandes indústrias artificiais mais do que nos restos já meio frios dos grandes domínios agrários — de arcaica ou de renovadamente feudal; de exploração do homem pelo homem; de sujeição dos que trabalham aos que simplesmente jogam e dançam".

Propagador de idéias, por elas bateu-se com a fôrça de sua mesma invencibilidade. "Sou homem de uma só idéia (a abolição), mas não me envergonho dessa estreiteza mental porque essa idéia é o centro e a circunferência do progresso brasileiro".

Mas não — perfilhou Nabuco o federalismo, assemelhando a libertação das províncias à libertação dos cativos.

Como político foi sobretudo um reformador social. Submetido à gravidade do seu próprio espírito e à inspiração do altruísmo, o libertador dos escravos foi um refém da liberdade. Não se atemorizava das opiniões que lhe queriam paralisar a atuação democrática e, corajosamente, expressou que não se arreceava de "destruir a propriedade fazendo com que ela não seja um monopólio e generalizando-a porque onde há grande número de pequenos proprietários a propriedade está mais firme e sòlidamente fundada do que por leis injustas onde ela é o privilégio de muito poucos".

Semelhante a uma profecia sôbre a escravidão vermelha, escreveu na sua vida: "entendo ainda, hoje mais do que nunca, depois da esplêndida experiência do pontificado de Leão XIII, que a Igreja tem tudo a ganhar com a liberdade e que o futuro do mundo pode pertencer à aliança, já selada no atual pontificado, da Igreja Católica com a democracia".

Como diplomata foi o artífice da fraternidade americana.

Advogado do Brasil na questão de limites com a Guiana Inglêsa, redigiu o direito vertido em memórias e, se não convenceu o real julgador, a maior expressão da inteligência e do saber nacionais, Ruy, achou, pela posteridade, *incomparável* o seu trabalho.

Sendo a história, julga José Verissimo, "de todos os gêneros literários o que mais se entende com a política, elegeu-a e publicou UM ESTADISTA DO IMPÉRIO, vida de seu pai e reconstituição inigualável de 65 anos de história.

Incluindo a atividade diplomática à difusão da cultura do país representado, falou nas universidades norte-americanas no estilo que Olavo Bilac chama de "modêlo de concisão e clareza".

Orador, só não se mede com Ruy Barbosa. "Equilibrado e harmonioso, anota Fernando de Azevedo, ...tem a eloqüência do pensador, disciplinada pela razão, mas, animada da generosa franqueza de uma inspiração larga e fecunda, ultrapassava pela cabeça e pelos ombros a multidão de oradores de sua época, utilizando na tribuna êsse mesmo estilo natural e preciso, de uma admirável nitidez que é um dos encantos de sua obra de historiador".

Joaquim Nabuco fôra talhado para líder e escolhido para vingar-se da morte e a castigar com sua própria imortalidade!

"Na angústia em que nós hoje interrogamos o destino, orou um dia Graça Aranha, é para o seu espírito que nos voltamos"...

A civilização forma novos senhores e a necessidade produz escravos. O monopólio contrasta com a democracia. Os direitos do futuro se defrontam com prerrogativas arcaicas.

A mesma palavra que os teus lábios santificaram e com que abriste as senzalas — liberdade —, se avilta na bôca dos demagogos e mistificadores e escraviza nações.

Aonde vamos? Aonde vamos?

É a pergunta que te fazemos, como se consultássemos uma estrêla desorientados na imensidão da noite.

REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

DECADÊNCIA E GRANDEZA DA DEMOCRACIA

Darcy Azambuja — P. Alegre — 1945

O professor Darcy Azambuja, jurista e escritor de escol, publicou, em 1945, "Decadência e Grandeza da Democracia", um belo livro em que se espelham as reflexões do estudioso e do homem de pensamento sôbre a crise política do após-guerra. Observando as bruscas transformações do nosso tempo, o autor confronta o período de esplendor da democracia com o período atual em que o regime que organiza a liberdade, sofre tantos embates e sente periclitar, às vêzes, a própria estrutura do seu imponente edifício.

Todos os problemas fundamentais que a organização democrática do Estado suscita, são estudados pelo ilustre professor, isto é, as formas de govêrno, as relações entre o Estado e o indivíduo, a eleição, o problema da representação profissional, etc.

O que conforta, afinal, ressaltando sôbre a erudição e o agudo espírito de observação do autor, é a sua tranqüila confiança no regime democrático, única forma compatível com a dignidade do homem e a única que realiza o equilíbrio entre a autoridade e a liberdade.

* * *

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

João Bonumá — S. Paulo — 1946

O tratado, cujo nome encima esta nota e da autoria do ilustre professor João Bonumá, catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do R. G. do Sul, é um dos mais completos com que conta a literatura jurídica do país.

Ao invés de se enfileirar entre os exegetas e comentadores da nossa lei processual civil, o professor João Bonumá realizou obra científica, através da excelente sistematização de todos os institutos processuais, descrevendo-lhes a origem, a evolução e o estado atual.

A obra, que se constitui de três volumes, desenvolve a doutrina processual haurida nas melhores fontes e enriquecida pela experiência do professor. Esta, que é, sem dúvida, um fator relevante na exposição e interpretação do direito, dá ao seu autor uma espécie de sexto sentido, pelo qual êle pode aferir o que mais convém ao ensino da disciplina para ser ressaltado, o que mais se reflete na palpitante vida judicial.

As modernas concepções do processo civil são já expostas com critério e segurança. A obra é excelente no trato da doutrina, segura na orientação, límpida nos conceitos, e guarda sobretudo a unidade essencial à exposição sistematizada.

Registrando o relevante empreendimento cultural do autor, cumpre que se formulem sinceros votos para que o exemplo seja imitado por quantos exercem o magistério jurídico.

* * *

DESPEDIDA DE SÓCIO E APURAÇÃO DOS HAVERES
Hernani Estrella — P. Alegre, 1948.

Essa preciosa monografia tem a sua história. Escrita por advogado, no afã e no entusiasmo das discussões de teses em juízo, a fôlhas tantas, tocado pelos problemas que se ventilam na causa, sentiu-se o patrono substituído pelo professor, o memorial ganhou substância, alargou-se, foi adquirindo tonalidade expositiva, e, através de suas páginas, a serenidade do mestre fêz correr tôda uma série de princípios fundamentais acêrca do estatuto da sociedade mercantil.

Dentro do atual panorama econômico do Brasil, são, talvez, os problemas societários os mais amiúde levados à barra dos Tribunais. País de estrutura econômica frágil, aquêles problemas de alta complexidade, que se formaram à sombra do desenvolvimento excepcional do crédito e da previsão dos riscos, — e que como revolucionaram a fisionomia do direito mercantil, dando novos rumos ao bandeirante do direito privado, — ainda não adquiriram, em nossa pátria, a inusitada importância que, de há muito, assumiram nos países super-capitalistas da Europa Ocidental. Vivemos, ainda, na fase societária do

Direito Comercial. Pode dizer-se que faz pouco a roupagem da responsabilidade limitada se foi popularizando. E, só agora — e mercê de impulso pragmático-fiscal — está a anônima a se plebeizar.

Oportuna, portanto, a monografia do sr. Prof. Hernani Estrêla. Percorre, com lucidez, extenso temário: a natureza jurídica do preceito permissivo de dissolução social, por manifestação unilateral da vontade do sócio; o exame das deliberações majoritárias; os efeitos dessa deliberação sôbre a despedida do sócio; a natureza jurídica do direito de despedida e forma de sua atuação; e a eficácia da cláusula contratual, reguladora da forma de apuração dos haveres do sócio egresso. Tôdas essas teses, ricas de atualidade, justificam de sobejo a publicação do arrazoado como livro, que, no balanço final, apresenta um bem favorável saldo doutrinário.

Nessa duplicidade de ângulo de visão — inicialmente de advogado, por fim, e sobranceiramente, de mestre de Direito — reside a fôrça, e porque não dizê-lo, a limitação do livro. A fôrça lhe deriva da necessidade premente de convencer. Não se trata de uma tese levantada pelo prazer platônico de procurar soluções em abstrato. Prende-se, pelo contrário, a vultosos interêsses práticos, diretos, frontais. Não se tem em mira justiça ideal, mas segurança e juridicidade prenhes de realidade. Porisso mesmo os problemas se limitam ao troço de realidade que contemplam e sôbre os quais recaem. Apesar da rara extensibilidade da discussão, versando problemas específicos, ainda assim a boa direção da explanação, a necessidade lógica de só se ater ao essencial, fêz com que se subentendesse muito, e se passasse por sôbre assuntos palpitantes apenas com uma tomada de posição e, quiçá, com a indicação bibliográfica.

Como quer que seja, é o livro bastante útil. E, na pobreza de trabalhos de advogado dêsse quilate, de que muito se ressente a literatura jurídica brasileira, marca a monografia uma esplêndida realização, digna de seguimento pelos doutos. Para nós, que fomos e continuamos seus alunos, a monografia em anotação nos permite e sugere o voto de que o autor dê à lume, em obra de mais fôlego, o resultado de sua já extensa experiência como advogado militante e como professor universitário renomado.

* * *

PREPARAÇÃO À DOGMÁTICA JURÍDICA
Ruy Cirne Lima — P. Alegre — 1949

Sob o título "Preparação à Dogmática Jurídica", o professor Ruy Cirne Lima reuniu quatro excelentes ensaios sôbre "A noção de pessoa

jurídica", "A noção de direito subjetivo", "A noção de administração" e "A noção de tempo".

Como refere o seu ilustre autor, êsses ensaios jurídicos são o fruto da revisão de noções fundamentais de dogmática, essenciais à estruturação da Parte Geral do "Sistema de Direito Administrativo Brasileiro" que tem em preparação.

Como o título expressa, o trabalho em aprêço visa estabelecer os princípios substanciais que devem informar e vivificar a dogmática jurídica. Esta vive não pela estruturação reguladora e positiva que assume através da lei, mas pelo sentido interior e ontológico que assegura a unidade fundamental do sistema normativo e radica em princípios anteriores e superiores à própria experiência jurídica, porque se ligam à concepção do mundo e da vida.

Bem pobre e estéril seria o direito, se êle se limitasse ao conjunto das normas positivas, de que a dogmática e a exegese constituíssem o índice mais alto da especulação e da teorização científicas.

Aceitando o direito natural, como fundamento último de tôda a ordem jurídica, o professor Cirne Lima realizou uma pesquisa de ontologia jurídica, procurando determinar a natureza íntima de institutos jurídicos fundamentais. O conceito de Vitor Cathrein, na sua pequena e preciosa "Filosofia do Direito" — "todo o movimento deve conduzir, em último têrmo, ao criador e motor de tôdas as cousas e o mesmo se pode dizer quanto ao movimento do ser racional por meio de leis" — pode servir de divisa para o livro que ora se comenta.

Na atualidade, quando certas ideologias subvertem e deformam tôda a estrutura do homem, cujo conceito vai refletir-se depois nos sistemas morais, jurídicos e científicos que a pressupõem, o livro do professor Cirne Lima proporciona a confortadora certeza de que a ordem jurídica é a simples manifestação tangível de valores eternos que reflorescem e se renovam, através do efêmero e do temporal, mas que conservam as suas notas essenciais, marcantes e imutáveis.

No ensaio acêrca da noção de pessoa jurídica, o autor, partindo da definição nominal de pessoa, estudando depois a evolução que se operou no conceito, fixa-lhe o substrato que não é "nem a comunhão de bens, nem a conjugação de esforços individuais: é, sim, a transindividualização da capacidade de agir dos que a constituem." "A transindividualização é o substrato último da personalidade, quer o conceito se aplique à pessoa jurídica, quer à pessoa física. Aplicada ao homem, a noção jurídica da personalidade revela, desde logo, o seu conteúdo transindividual."

No ensaio seguinte que o livro enfeixa, estuda o professor Cirne Lima a noção de direito subjetivo. E' primoroso o ensaio, pela agudeza da análise, pela clareza, segurança e lógica dos conceitos. Submete à análise as modernas teorias que negam o direito subjetivo, individualizando-as en Kelsen e Duguit e mostrando que, nessas duas figuras modernas, duas correntes de pensamento, já antigas, são representadas, respectivamente: Kant e o idealismo crítico; Comte e o positivismo.

Tomando, mais uma vez, posição definida no campo do direito, como reflexo da sua posição teológica e filosófica, o autor entende que "fora de uma concepção teísta e dualista do universo, a própria noção de direito subjetivo é realmente um contra-senso." Analisa, então, o pensamento que norteou a Kant e a Comte na negação do direito subjetivo; o primeiro, prescindindo da existência de Deus como fundamento de tôda obrigação em geral, coloca como fundamento da obrigação a autonomia da própria razão; o último, excluindo o absoluto da sua filosofia, que reduz a pura síntese científica, cujo campo de investigação é simplesmente a "cognoscibilidade do sensível", conduziu à negação do direito subjetivo, como própria conseqüência da negação do direito, substituída pela noção de dever. Critica a seguir a concepção de Spinoza, mostrando que o seu panteísmo filosófico, embora admita a existência de Deus, consubstancia-no com o próprio universo. E conclui, assim, magistralmente o autor: "Com Spinoza, Kant e Augusto Comte, adversos, por igual, à noção de direito subjetivo, formamos uma tríade harmônica e perfeita: a tríade dos absolutismos. Spinoza, o absolutismo político; Augusto Comte, o absolutismo social; Kant, o absolutismo individual."

Afirma, então, o direito subjetivo como noção que se vincula intimamente à concepção teísta e dualista do universo. "O direito é uma relação num universo relativo: uma relação de justiça. No Absoluto divino, porém, a justiça é uma pessoa: a pessoa do Verbo, causa exemplar de tôda a Criação. Êle é o Justo. Êle é a Justiça. O Direito, pois, referido ao Absoluto, é sempre subjetivo, essencialmente subjetivo: é uma pessoa."

Os dois últimos ensaios revelam também o alto conteúdo conceitual do livro do eminente jurista, o vigor e a originalidade criadora do seu pensamento. O ensaio sôbre a noção de tempo é um estudo definitivo e constitui, sem dúvida, uma das mais brilhantes contribuições que os nossos juristas de todos os tempos já deram à filosofia do direito.

O livro de Ruy Cirne Lima assume, por todos os motivos expostos, um lugar de singular relêvo na produção jurídica do país.

* * *

NOTÍCIAS UNIVERSITÁRIAS

O IDEAL UNIVERSITÁRIO

Dia 1.º de Julho de 1948, por ensejo do lançamento da pedra fundamental das novas obras da Universidade do Rio Grande do Sul e quando, simultâneamente, se fundava a Associação dos Professôres Universitários, o Prof. Armando Câmara, ao tempo Reitor Magnífico da Universidade, proferiu a seguinte oração:

"Uma Universidade, dissemos alhures, não consiste tão só numa fonte de sabedoria e de ciência, numa energia espiritual luminosa e irradiante; é, ainda, uma organização de convívio; situa-se num espaço social; é uma administração, uma realidade que se insere no mundo das cousas, dos objetos materiais, dos valores úteis e econômicos. Essa mensagem do espírito de que ela é portadora, essa comunicação que deve fazer de uma sabedoria, a Universidade realiza-a através de homens e pela utilização de objetos.

O ideal universitário, para que se possa concretizar e exercer sua ação transfiguradora, exige a oferenda de vidas humanas votadas à contemplação desinteressada da verdade, à pesquisa, à exploração do mistério do sêr, enfim ao saber e à técnica. Exige, também, quadros materiais de realização, laboratórios, gabinetes, um espaço construído, um cenário próprio.

Amparar o portador da cultura, o professor, criar meios materiais para que atui com eficiência, são condições que, não atendidas, transformariam uma Universidade numa caricatura de algo sagrado para a inteligência. Um govêrno universitário que descurasse o tratamento dessas exigências, estaria na iminência de confundir a comunicação da ciência com a difusão do charlatanismo.

Senhores — Inteligência servida por órgãos, na criticada definição de De Bonald, animal racional, o homem, em seu esfôrço criador da cultura, está condicionado a um duplo espaço: psicológico-social e físico.

O surto das chamadas escolas da sabedoria clássica, greco-romana, traduz êste duplo condicionamento na constituição do saber humano.

A Academia de Platão e o Liceu de Aristóteles não expressaram, apenas, a existência de uma equipe de pensadores, de um grupo de discípulos em tôrno de um mestre; foram, ainda, originàriamente, casas, edifícios escolares, vulgares construções, massas arquitetônicas, localizadas em determinadas regiões de Atenas, e que integravam tudo que, "in illo tempore", era considerado necessário e conveniente ao processamento da cultura.

A realidade inextensa do espírito insere-se, emerge na realidade extensa das cousas. As intuições do gênio que descobre, as criações do talento que inventa, realizam-se, em verdade, meta-espacialmente.

Mas, as descobertas e as invenções do espírito só vão constituir bens culturais quando se objetivam e se fazem transferíveis, comunicáveis, encarnando-se em cousas, concretizando-se, fazendo-se objetos de ensino, de demonstração, de crítica e de aprendizagem.

E essa objetivação das produções do pensamento, exige espaço adequado à sua universal aquisição pelas inteligências.

Como a Técnica exige o espaço da fábrica, como a Mística exige o espaço do templo, como o amor exige o espaço do lar, assim o saber exige o espaço da Escola — seja ela Liceu ou Academia, seja Anfiteatro ou Laboratório, espaço necessário para a demonstração de um teorema ou para a observação do comportamento das afinidades atômicas e das reações dos microrganismos.

Mas, como a Técnica, como a Mística e como o Amor, o Saber exige, igualmente, o fenômeno do convívio, pressupõe o espaço social, um contexto de energias inter-psicológicas, implica a existência da escola, no sentido sociológico da palavra.

Senhores — Nesta sessão de Assembléia Universitária, convocada para o lançamento de duas fundações — a de um edifício e a de uma associação, atendemos a essa dupla necessidade de tôda organização cultural: a de espaço físico e a de espaço psicológico-social.

Era deprimente para nós sermos passivas testemunhas dêsse espetáculo de uma Universidade oficial com duas Faculdades — a de Economia e a de Filosofia, sem sede própria, com duas tradicionais escolas — a de Engenharia e a de Agronomia, situadas em condições materiais deploráveis, em edifícios inadequados às exigências de sua crescente população escolar e à progressiva complexidade de seus cursos; com Institutos carentes do necessário aparelhamento laboratorial, com gabinetes povoados de equipamento fóssil, revelando incoercível vocação para se constituírem em museus exemplares...

Permanecermos impassíveis face a essa indigência ou consolarmo-nos com a visão de uma futura Cidade Universitária, seria trair elementar dever funcional. A fidelidade a êsse imperativo compeliu-nos a agir oportuna e, talvez, importunamente, para que se corrigisse essa comprometedora anomalia pedagógica. Nosso clamor e nossa ação não foram infecundos; a palavra e o gesto reivindicadores suscitaram enfim, como vêdes, a satisfação da necessidade vital. O lançamento desta pedra fundamental revela-nos que, em verdade, pronunciamos palavras construtivas...

Não é, ainda, a fundação de uma Cidade, talvez mesmo não seja nem a de uma Vila Universitária, a que hoje iniciamos; de qualquer modo, certo é que, neste ato, damos um definitivo adeus, e sem nenhuma melancolia, à ameaçadora visão de uma maloca universitária...

Lançando os fundamentos desta construção monumental, atendemos, apenas, voltados para o presente e para o concreto, inadiáveis exigências da instituição sob nosso govêrno. Com êste gesto não renunciamos, de modo algum, às providências relativas à construção da futura Cidade Universitária, obra que, pelo seu vulto, pelas dificuldades múltiplas que encerra sua realização, exigirá, para ser concluída, um decurso de tempo que, sem grave desprestígio cultural de nossa Universidade, não poríamos aguardar.

Senhores — Quero, neste momento, cumprir um dever de justiça. A satisfação que nesta hora começamos a dar à vital necessidade de espaço construído, de que padecia nossa Universidade, muito deve ao Senhor Governador do Estado. Sua Excelência revelou, no tratamento dêsse problema básico de nossa instituição, um alto espírito público e

uma nobre compreensão. Quero expressar-lhe, por esta sua atitude, o aprêço e a gratidão da Universidade do Rio Grande do Sul.

Senhores — As condições em que surgiram, na América, as Universidades, não coincidem com as que determinaram sua gênese, na Europa. Lá, há mais de 7 séculos, no interior da uma civilização hígida, possuidora de uma vigorosa unidade espiritual, o sistema universitário caracterizava-se pela posse de uma enérgica visão unitária do sêr, dominando todo o panorama de uma multiplicidade de formas especializadas do saber.

Sua constituição resultou de uma extensão feliz do direito corporativo à esfera de ação dos homens votados à cultura. Foi um elã vibrante de solidariedade de classe, foram os vínculos criados por uma mesma vocação, por um comum ideal, que geraram as primeiras Universidades. Dois traços a caracterizavam: a unidade do saber e a solidariedade, o convívio íntimo e a íntima colaboração dos portadores da cultura que as integravam.

Bem diversas foram as condições em que surgiram, entre nós, as universidades. Preliminarmente, vivemos no interior de uma civilização cuja unidade espiritual foi fraturada. Acresce que a cultura superior, entre nós, processou-se através de escolas e faculdades isoladas, que proporcionavam o saber ràgidamente profissional.

Nossas universidades constituíram-se pela reunião dessas escolas, sob o influxo de iniciativas políticas do Estado. Nelas existe menos um sistema, que um conglomerado cultural. Constituem, ainda, simples unidades administrativas. Nelas, não se traduz a existência de um espírito universitário, que pressupõe convívio demorado, comunicação de ideias, de experiências, de pesquisas em tôrno de problemas comuns.

Carecemos, lamentàvelmente, de um espaço psicológico-social, indispensável à constituição de uma cultura integral. Para merecer o nome que traz, nossa Universidade deverá constituí-lo. E ela poderá fazê-lo, precìpuamente, organizando o convívio de seus mestres e de seus alunos, proporcionando-lhes, através de vivências, tìpicamente universitárias, a consciência do ideal comum.

Senhores — Foi para ofertar à nossa incipiente Universidade essa situação, necessária à sua existência normal e específica, que, hoje, lançamos as bases da Associação dos Professôres Universitários.

Complexo, vital é o seu programa de ação. Realizado, êle transformará a vida Universitária, nela gerando uma autêntica e vigorosa unidade cultural.

Senhores professôres e senhores acadêmicos — Testemunhais, nesta Assembléia, duas iniciativas que nada têm de decorativas e protocolares: elas expressam gestos que queremos sejam criadores de realidades, atos que esperamos sejam constitutivos da Universidade do Rio Grande do Sul.

Apelamos para vossa colaboração e cremos que vos transformareis, de testemunhas, em fecundos operários dêsse nobre labor que, nesta hora, se inicia. Disse".

*

A CONFERÊNCIA DE DOM GIUSEPE RICCIOTTI

Realizou-se, no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, uma conferência do Revdmo. Dom Giusepe Ricciotti, professor da Universidade de Roma, e autoridade mundialmente reconhecida em assuntos orientais, mormente no que diz respeito à Palestina. A conferência de Dom Ricciotti versou sôbre o Problema da Palestina, tendo o conferencista abordado magistralmente a questão, focalizando-a sob todos os seus múltiplos e diversos prismas, afirmando que sòmente a internacionalização de Jerusalém poderá pôr têrmo às divergências e atritos. Numeroso público compareceu ao salão nobre da Faculdade de Direito, a fim de ouvir o ilustre conferencista, destacando-se grande número de membros do corpo docente da Universidade do Rio Grande do Sul, e outras pessoas gradas.

Saudando a Dom Ricciotti, falou o prof. José Salgado Martins, diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, proferindo a oração que segue:

"Exmo. Sr. Arcebispo Metropolitano. Eminente Sr. Dom José Ricciotti. Srs. Professôres. Senhoras e Senhores.

Poucas vêzes, à Faculdade de Direito tem sido conferida honra tão insigne quanto a que desfruta, nesta noite, recepcionando o eminente senhor Dom José Ricciotti. A presença de Dom José Ricciotti e a palavra do brilhante historiador e do profundo exegeta de milenárias civilizações, que vamos ouvir e recolher como as fulgurações do seu extraordinário espírito, revestem-se de inofuscável significação para nós, brasileiros e rio-grandenses, tão ìntimamente ligados, pela sensibilidade do espírito, pelos pendores do mesmo temperamento latino, pela formação cristã de nossa vida individual e coletiva, às perenes correntes espirituais a que se abebera a pátria italiana, herdeira direta do legado imortal da latinidade. Cresce ainda de vulto a sua presença nesta Faculdade, porque o conferencista desta noite é uma das altas expressões da cultura universitária da sua pátria, como professor da Régia Universidade de Roma. Pesquisador profundo dos enigmas de velhas civilizações, vem reconstruindo as origens e as características daqueles povos de pastôres e profetas que, nos reinos de Israel e de Judá, povoaram as paragens bíblicas do Oriente.

Dom José Ricciotti, na sua notável "História de Israel, das origens ao exílio", não fêz obra de imaginação ou de simples intuição psicológica, mas realizou pesquisa histórica, de cunho científico, amplamente documentada, segura nos juízos e nas conclusões. Mas, por outro lado, não se confina a sua obra à restauração fria e impassível do passado histórico. É, ao contrário, um resumo cálido do espírito que animou os acontecimentos históricos, que dinamizou os lances mais significativos, que marcou as grandes linhas e os profundos motivos do seu apogeu ou do seu ocaso. A história não é para Dom José Ricciotti a simples reprodução dos fatos na sucessão dos episódios no tempo. A história é a vida, é a síntese do processo sociológico, desvendado nos seus segredos pela visão percuciente do filósofo. O juízo do historiador é mais amplo e mais profundo do que a simples evocação do historiógrafo.

Enquanto êste descreve, aquêle interpreta. Um registra os acontecimentos, outro busca o seu sentido íntimo e, ligando-os ao panorama universal da vida, determina as leis gerais da sua evolução, destaca os fatôres que lhe condicionaram a gênese e fixa a posição do fato histórico, como viva intercessão dos mais variados elementos, presentes na fenomenologia social.

Na "História de Israel", o seu ilustre autor mostra que o profetismo constitui o centro de gravitação de tôda a vida do povo do Velho Testamento.

"Assim como num oásis, rodeado pelo árido deserto, o segrêdo de sua vegetação luxuriante reside no manancial inexaurível que irriga as palmeiras e as outras plantas, assim também foi o profetismo na história de Israel a "fonte de água viva", por meio da qual Yahvé manteve a sua nação, sob o florescimento sempre renovado" (História de Israel, pág. 344-45).

. . . . . .

"A atitude das massas frente aos profetas foi a atitude ordinàriamente assumida pelos pigmeus morais frente aos gigantes: uma postura ilógica, mutável, variando entre a veneração e o repúdio, entre a fé e a incompreensão que no momento de bestial exasperação lapidava o gigante para logo depois, com as mesmas pedras salpicadas de sangue, erigir-lhe um monumento. Mas, mesmo no meio de suas violências contra os profetas, o povo pressentia confusamente a enorme importância daquela missão na vida nacional.

"Muitas vêzes, os profetas foram comparados às sentinelas colocadas em altas tôrres para sinalar a proximidade do inimigo, às escoltas que vigiam a segurança do acampamento, às guardas noturnas que espiam na insidiosa escuridade; por isso, o povo, ainda quando enfastiado com o alarma de semelhante escolta, sentia a superioridade de sua missão.

"Israel se havia habituado, com efeito, a êsses gritos de alarma e a ver surgir um profeta, especialmente, nos tempos mais críticos. Quando periòdicamente, revolvia-se sôbre o povo a tormenta, condensada, durante anos, pelos seus próprios delitos, sabia-se que Yahvé, nesse momento, juntamente com a praga, enviaria a medicina e que, ao mesmo tempo, com a catástrofe chegaria o ditador espiritual que reconstruiria o destruído." (ob. cit., pág. 360-61, n. 430).

Depois, as adversidades acumularam-se sôbre o povo e, nos últimos tempos, não se levantava mais sôbre as cabeças desalentadas a voz pacificadora ou rugidora do profeta.

"O astro do profetismo estava no ocaso. Havia cumprido a sua missão, dissipando as trevas da noite. Avizinhava-se a claridade matinal do grande dia." (ob. cit. pág. 361).

E o aparecimento d'Aquele que seria a eclosão de uma manhã radiosa na face do mundo, dando-lhe a unidade de uma doutrina, doutrina feita de caridade e de amor, em que já não caberiam os delírios do profetismo e as explosões do ódio ou a total submissão aos valores transitórios da terra, a história de Cristo, que é a história das origens divinas do cristianismo, encontrou ainda em Dom José Ricciotti o extraordinário exegeta que confundiu, com a sua crítica certeira, a falácia do racionalismo pseudo-científico que se confessou incapaz de compreender a sobrenaturalidade de Cristo, sob a condição natural de sua humanidade.

Senhor Dom José Ricciotti: A Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, recepcionando-vos nesta noite e tributando-vos as homenagens do seu respeito e da sua admiração, está recolhendo, para os anais da vida acadêmica, insigne honra que a desvanece, e, ao mesmo tempo, está manifestando exemplar fidelidade aos grandes princípios que definem a sua vocação universitária, pois esta sòmente pode afirmar-se no quadro da espiritualidade cristã, fora do qual se desnatura a essência do homem. Bem-vindo seja o insigne historiador cristão a esta modesta casa onde se ensina e se cultua o Direito, princípio imanente de Deus na consciência dos povos e dos homens."

RELAÇÃO DOS BACHARELANDOS DO ANO DE 1949

Antonio Domingos Crespo Lorenzoni
Alcindo Flores da Silva
Athos Gusmão Carneiro
Braúlio Oliveira Netto
Clemente Gonçalves de Oliveira Filho
Carlos Lobato Pfeifer
Danilo Leães da Silveira
Domingos Soster
Ernani Magalhães Machado
Eraldo Rabello
Eluy José de Oliveira Brito
Enio Vilanova Castilhos
Eurico José de Azevedo Votto
Flávio Alcaraz Gomes
Gibran Bahlis
Gabriel Pereira Borges Fortes
Jorge Rafael Cezar Moreira
José Augusto Medeiros Pereira
João Alberto Ortiz Lima
José Luiz Duarte Marques
Jorge Barreto Oscar
Jorge José Futuro Esteves
Luiz Antonelli
Mário José de Azevedo Cunha
Mário Eulino de Mendonça
Murilo Coutinho Annes
Ney Menna Barreto Vieira
Odilon Barbosa de Souza
Paulo Hecker Filho
Paulo Laitano Tavora
Paulo Antonio Vessimo do Couto e Silva
Roberto Bier da Silva
Ruy Guimarães Silveira
Sérgio da Fontoura Trindade Casapicola
Sílvio João Alviggi
Viterbo Trevisan
Walter Ferreira Paes
Walter Renner
Walter Giordano Alves
Yonne Rodrigues de Camargo

* * *

CENTENÁRIO DE RUI BARBOSA

A Faculdade de Direito, associando-se às comemorações realizadas por motivo do Centenário do nascimento de Rui Barbosa, inaugurou um monumento à memória do insigne brasileiro, representando a cabeça de Rui, esculturada em bronze e colocada sôbre um pedestal de granito prêto, onde se lê a seguinte legenda:

"À Rui Barbosa
Homenagem
da Faculdade de Direito
1849 - 5 de novembro - 1949
A suprema santificação da linguagem humana,
abaixo da prece, está no ensino da mocidade.
Rui
Discurso no Colégio Anchieta — 1903."

O monumento é de autoria do professor Fernando Corona, catedrático do Instituto de Belas Artes, o qual realizou, sem favor, notável trabalho.

A cerimônia de inauguração realizou-se às 10 horas do dia 5 de novembro, com a presença do Reitor Magnífico da Universidade do Rio Grande do Sul, do representante do Exmo. sr. Governador do Estado, do representante do Exmo. Snr. Arcebispo e de diretores de Institutos universitários, professôres e acadêmicos.

Discursaram, por essa ocasião, o professor José Salgado Martins, diretor da Faculdade, e o acadêmico Werter Faria. Encerrando a cerimônia, disse expressivas palavras o sr. Reitor Magnífico, professor Alexandre Martins da Rosa, associando-se em nome da Universidade à justa homenagem que a Faculdade de Direito tributava ao vulto máximo das letras jurídicas do Brasil.

*

A Faculdade de Direito, ainda por motivo do centenário de Rui, enviou à insigne Faculdade de Direito da Bahia uma mensagem em pergaminho, contendo o seguinte texto:

"Inclitae — Facultati Iuridicae Bahiensi — sorori et Iustitiam colledo et Ius explorando docendo — sacra saecularia — temporis quo natus est doctissimus et ornatissimus vir — Ruy Barbosa, — qui oppressos et infirmos cum aperte ac fidenter tueretur, Brasiliensium aequanimitatem ingeniumque omnibus gentibus patefecit, non. Nov. anni

MCMXLIX solemniter celebranti, — pie congratulantur — ac perpetuam salutem prosperitatem dignitatem ex animi sententia exoptant — Facultatis Iuridicae Portualacrensis — Diretor et Sodales. — D. in urbe Portualacrensi, a. d. III Kal. Nov. anni MCMXLIX. — José Salgado Martins — hoc tempore Director."

A mensagem foi redigida pelo professor Elpídio F. Paes, catedrático de Direitto Romano e foi seu portador o Dr. Paulo Brossard de Souza Pinto, secretário desta Revista, que viajou com destino a São Salvador, para participar do Congresso Jurídico Nacional que ali se está realizando.

*

À noite do dia 5 de novembro, realizou-se, no salão nobre da Faculdade, a colação de grau dos bacharelandos do Centenário.

Presidiu a sessão o sr. Reitor Magnífico. Depois de introduzidos no recinto os bacharelandos, acompanhados pelo paraninfo, professor Ernani Estrêla, teve início o ato solene, cabendo ao diretor da Faculdade conferir o grau a cada um dos novos bacharéis.

Proferiu a oração de formatura o bacharel Atos Gusmão Carneiro, seguindo-se com a palavra o paraninfo que, depois de brilhante exórdio, disse que os seus afilhados em letras ouviriam, naquele instante, a palavra daquele que era o verdadeiro paraninfo de todos os bacharelandos que se graduavam neste ano — o imortal Rui — cujos conselhos contidos na magistral "Oração aos Moços" iria repetir.

Encerrando a solenidade, o sr. Reitor Magnífico teve ocasião de realçar o sentido da cerimônia, congratulando-se com os novos bacharéis.

Banco Hipotecário Lar Brasileiro S. A.

Fundado em 1925 — Matriz: RIO DE JANEIRO

Agências: São Paulo - Santos - Bahia - Niterói e Pôrto Alegre

Em PÔRTO ALEGRE:

Avenida 10 de Novembro, 16 - EDIFÍCIO SULACAP

End. Telegr.: PENATES — C. Postal 1831 — Fone 7193

TAXAS DE DEPÓSITOS:

RETIRADAS LIVRES:

À vista (comercial) 3%

Populares, com ou sem cofre, até Cr$ 60.000,00.. 6%

Limitadas, limite de Cr$ 100.000,00 ..... 5%

RETIRADAS CONDICIONAIS:

Particulares, abertura: Cr$ 100.000,00 ..... 6%

Aviso prévio, de 30 a 120 dias ..... de 4 a 5,½%

Prazo fixo, de 1 a 2 anos ..... de 6 a 7,½%

Renda mensal, de 1 a 2 anos ..... de 6 e 6,½%

TÍTULOS DE RENDA

Obrigações preferenciais (debêntures) emissão do Banco, série "B", do valor nominal de Cr$ 200,00 cada uma, juros de 8% ao ano, pagáveis por trimestres vencidos, cotados na Bôlsa de Fundos Públicos da capital.