





N3-41

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

JANEIRO - AGOSTO DE 1941

VOLUME XXXVI - FASC. I E II

*P. O.
11-1942*

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE S. PAULO

DIRETOR

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO

VICE-DIRETOR

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO

CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

DR. ANTÔNIO DE SAMPÁIO DÓRIA

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO

DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO

DR. NOÉ AZEVEDO

DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JUNIOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849 — † 1923)

DR. CLOVIS BEVILAQUA

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO

DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA

DR. REINALDO PORCHAT

DR. CANDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA

DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA

DR. JOSÉ MANOEL DE AZEVEDO MARQUES

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELO NETO, de Economia Política

DR. SPENCER VAMPRE, de Introdução à Ciência do Direito

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA, de Direito Público Internacional

DR. ANTÔNIO DE SAMPÁIO DÓRIA, de Direito Internacional Privado

DR. VICENTE RAO, de Direito Civil

DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, de Direito Comercial

DR. MÁRIO MASAGÃO, de Direito Administrativo

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, de Direito Judiciário Civil

DR. JORGE AMERICANO, de Direito Civil

DR. ERNESTO DE MORAES LEME, de Direito Comercial

DR. HONÓRIO FERNANDES MONTEIRO, de Direito Comercial

DR. ALEXANDRE CORREIA, de Direito Romano

DR. LINO DE MORAES LEME, de Direito Civil

DR. NOÉ AZEVEDO, de Direito Penal

DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Judiciário Civil

DR. JOSÉ SOARES DE MELO, de Direito Penal

DR. ANTONIO FERREIRA CESARINO JÚNIOR, de Legislação Social

DR. ALVINO FERREIRA LIMA, de Direito Civil

DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, de Direito Judiciário Penal

DR. BASILEU GARCIA, de Direito Penal

DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA, de Teoria Geral do Estado

DR. BENEDICTO DE SIQUEIRA FERREIRA, de Direito Judiciário Civil

DR. MIGUEL REALE, de Filosofia do Direito

DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, de Ciência das Finanças

DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, de Medicina Legal

DOCENTES LIVRES

DR. MANOEL FRANCISCO PINTO PEREIRA, de Direito Internacional Público e Privado, de Direito Constitucional e de Direito Civil

DR. CANDIDO MOTA FILHO, de Direito Penal e de Direito Constitucional, contratado para reger a segunda cadeira.

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, de Direito Judiciário Penal

DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO, de Direito Judiciário Penal

DR. JOSÉ DALMO FAIRBANKS BELFORT DE MATOS, de Direito Público Internacional

DR. GENÉSIO DE ALMEIDA MOURA, de Direito Público e Constitucional

DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, de Direito Penal

DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA, de Direito Penal

DR. SINÉSIO ROCHA, de Direito Penal

DR. LUIS EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, de Direito Judiciário Civil

DR. JOSÉ ANTÔNIO DE ALMEIDA AMAZONAS, de Direito Judiciário Civil

DR. JOÃO PAPATERRA LIMONGI, de Legislação Social

DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial

DR. GOFREDO DA SILVA TELES JÚNIOR, de Introdução à Ciência do Direito

DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de Direito Civil

COMISSÃO DE REDAÇÃO DA "REVISTA"

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA

DR. BASILEU GARCIA

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

SETEMBRO - DEZEMBRO DE 1941

VOLUME XXXVI - FASC. III

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO”

**SECRETÁRIO DE REDAÇÃO E RESPONSÁVEL
ANTONIO CONSTANTINO**

(Toda a correspondência relativa à “Revista” deve ser dirigida à Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo de S. Francisco, São Paulo).

INDICE DO FASCICULO III DO VOLUME XXXVI

ASSUNTOS

FACULDADE DE DIREITO

A Congregação da Faculdade de Direito em 1941 300 A e B

HOMENAGENS

OS NOVOS PROFESSORES CATEDRÁTICOS

Dr. Teotônio Monteiro de Barros Filho, professor catedrático de ciência das finanças — Redação.....	303
Dr. Antônio Ferreira de Almeida Júnior, professor catedrático de Medicina Legal — Redação	305
Discurso de saudação ao professor Almeida Junior — J. J. Car- dozo de Melo Neto	307
Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior — Milton da Silva Rodrigues	308
Discurso de agradecimento — A. F. Almeida Júnior.....	311

DOCTRINA

O privadismo do direito criminal na doutrina de Teixeira de Freitas — Waldemar Ferreira	325
Concepção tomista do direito natural (III) — Alexandre Correia	341
Do contrato estimatório — Notas para um estudo — S. Soares de Faria	372
O conceito unitário do contrato de seguro — Tullio Ascarelli..	388

PROVAS ESCRITAS DE CONCURSO

Concurso de direito administrativo — Qual a extensão do poder administrativo na concessão de minas antes e depois da Constituição Federal? — Manoel Pedro Villaboim	441
Concurso de direito administrativo — Dos conflitos de juris- dição. Competência para seu julgamento — Rafael Correia da Silva Sobrinho	445
Concurso de direito administrativo — Municipalização de servi- ços públicos — Mário Masagão	451

PRELEÇÕES

Estrutura do direito internacional — Preleções feitas no curso de doutorado — Braz de Sousa Arruda	471
--	-----

PARECERES

Refórma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo — Gabriel de Rezende Filho, S. Soares de Faria e Francisco Morato	605
Sobre fundação — S. Soares de Faria	617

DISCURSOS

A Alma do Jurista — Discurso do paraninfo á turma de bacharelados de 1941 — B. de Siqueira Ferreira	629
A Voz da Academia — Discurso do orador da turma de bacharelados de 1941 — Mario Romeu de Lucca	643
Três Poetas — Ernesto Leme	654

COMENTÁRIOS

Maioridade aos 18 anos — Cesarino Júnior	665
O código de processo e a justiça de paz — Miguel Reale	667
O código penal e a pena de morte — G. de Almeida Moura ...	670

BIBLIOGRAFIA

Barbosa de Magalhães, “Estudos sôbre o novo código do processo civil” — Waldemar Ferreira	675
Mário A. Rivarola, “Tratado de derecho comercial argentino”, “Regimen legal de la sociedad anonima” e “La Casa de los Pleitos” — Waldemar Ferreira	678
Fabian Onsari, “Gobierno municipal”, Waldemar Ferreira ...	682
Oscar Stevenson, “Da exclusão de crime” — Waldemar Ferreira	684
Mariano R. Tissembaum, “Los riesgos del trabajo industrial” e “El nivel de vida, su relación con el salário en América” — Waldemar Ferreira	686
A. F. Cesarino Júnior, “Direito social brasileiro” — Redação de “Derechos del Trabajo”	688
Teotônio Monteiro de Barros Filho, “A taxa e seus principais problemas téoricos” — Juan Carlos Luqui	689

DIVERSOS

Professor Benedito de Siqueira Ferreira — Retificação — Redação	701
---	-----

AUTORES

ALMEIDA JUNIOR (A. F.) — Discurso de agradecimento por ocasião da posse na cadeira de medicina legal (Homenagens)	311
ARRUDA (Braz de Sousa) — “Estrutura do direito internacional” (Preleções)	471
ASCARELLI (Tullio) — “O conceito unitário do contrato de seguro” (Doutrina)	388

CESARINO JÚNIOR — “Maioridade aos 18 anos” (Comentários)	665
CORREIA (Alexandre) — “Concepção tomista do direito natural” III (Doutrina).....	341
DE LUCCA (Mário Romeu) — “A Voz da Academia” — Discurso do orador da turma de bacharelados de 1941 (Discursos)	643
FARIA (S. Soares de) — “Do contrato estimatório” — (Doutrina)	372
FARIA (S. Soares de) — “Refórma da Organização Judiciária do Estado de S. Paulo” (Pareceres)	605
FARIA (S. Soares de) — “Sobre fundação” (Pareceres).....	617
FERREIRA (B. de Siqueira) — A Alma do Jurista — Discurso do paraninfo á turma de bacharelados de 1941 (Discursos)..	629
FERREIRA (Waldemar) — “O privadismo do direito criminal na doutrina de Teixeira de Freitas” (Doutrina)	325
FERREIRA (Waldemar) — Barbosa de Magalhães, “Estudos sobre o novo código do processo civil” (Bibliografia).....	675
FERREIRA (Waldemar) — Mário A. Rivarola, “Tratado de derecho comercial argentino”, “Regímen legal de la sociedad anonima” e “La Casa de los Pleitos” (Bibliografia)	678
FERREIRA (Waldemar) — Fabian Onsari, “Gobierno municipal” (Bibliografia)	682
FERREIRA (Waldemar) — Oscar Stevenson, “Da exclusão de crime (Bibliografia)	684
FERREIRA (Waldemar) — Mariano R. Tissembaum, “Los riesgos del trabajo industrial” e “El nivel de vida, su relación con el salario en America” (Bibliografia)	686
LEME (Ernesto) — “Três Poetas” (Discursos)	654
LUQUI (Juan Carlos) — Teotônio Monteiro de Barros Filho, “A taxa e seus principais problemas teóricos” (Bibliografia)..	689
MASAGÃO (Mário) — Concurso de direito administrativo — “Municipalização dos serviços públicos” (Provas escrita de concurso)	451
MELO NETO (J. J. Cardozo de) — Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior, por ocasião da posse deste na cadeira de medicina legal (Homenagens)	307
MORATO (Francisco) — “Refórma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo” (Pareceres)	605
MOURA (G. de Almeida) — “O código penal e a pena de morte” (Comentários)	670
REALE (Miguel) — “O código de processo e a justiça de paz” (Comentários)	637
REZENDE FILHO (Gabriel de) — “Refórma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo” (Pareceres)	605
RODRIGUES (Milton da Silva) — Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior, por ocasião da posse deste na cátedra de medicina legal (Homenagens)	308
SILVA SOBRINHO (Rafael Correia da) — Concurso de direito administrativo — “Dos conflitos de jurisdição. Competência para seu julgamento” (Provas escritas de concurso).....	445
VILLABOIM (Manoel Pedro) — Concurso de direito administrativo — “Qual a estensão do poder administrativo na concessão de minas antes e depois da Constituição Federal? (Provas escritas de concurso)	441



A CONGREGAÇÃO DA FACULDADE

Da esquerda para a direita, no primeiro plano, professores Jorge Americano, Francisco Morato (emérito), A. F. Almeida Junior, J. J. Cardozo de Melo Neto, diretor, A. de Sampáio Dória, Waldemar Martins Ferreira, Vicente Rão e Mário Masagão; no segundo plano, João de Deus Cardozo de Melo, Honório Monteiro, Lino Morais Leme, Oscar Penteadó Stevenson, Gabriel de Rezende Filho, Sebastião Soares de Faria, Noé Azevedo, J. C. de Ataliba Nogueira e Ernesto Leme; no



A FACULDADE DE DIREITO EM 1941

terceiro plano, J. Canuto Mendes de Almeida, A. F. Cesarino Junior, José Soares de Melo, Teotônio Monteiro de Barros Filho e Basileu Garcia; e, no ultimo plano, Genésio de Almeida Moura, Miguel Reale, Sílvio Marcondes, Cândido Mota Filho, Cofredo da Silva Teles Junior, Dalmo Fairbanks Belfort de Matos, Otávio Moreira Guimarães, José de Almeida Amazonas e Vicente de Paulo Vicente de Azevedo.



A CONGREGAÇÃO DA FACULDADE

Flagrante apanhado na sala "João Mendes Junior", quando, em novembro de 1941, a Congregação, sob a presidência do diretor, professor J. J. Cardozo de Melo Neto, se reuniu para a solenidade da posse do professor Antônio Ferreira de Almeida Junior, na cadeira de medicina legal. Vêem-se, em cima, da esquerda para a direita, sentados, os professores Francisco Morato, Antônio de Sampaio Dória, Vicente Ráo, Waldemar Martins Ferreira, Mário Menezes, Gabriel de Resende Filho, Jorge Americano, Ernesto Leme. DIÁRIO DE 1941 Noé



DA FACULDADE DE DIREITO EM 1941

Azevedo, A. F. de Almeida Junior e J. J. Cardozo de Melo Neto, diretor, sr. Flávio Mendes, secretário, e professores Sebastião Soares de Faria, José Soares de Melo, Basileu Garcia, J. C. de Ataliba Nogueira e Miguel Reale; em baixo, sentados, professores Teotônio Monteiro de Barros Filho, M. F. Pinto Pereira, Cândido Mota Filho, Oscar Penteadó Stevenson, Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, João de Deus Cardozo de Melo, Genésio de Almeida Moura, Luis Eulálio de Bueno Vidigal, José de Almeida Amazonas, Sílvio Marcondes, Otávio Moreira Guimarães, Dalmo Fairbanks ...les Junior e J. Canuto Mendes de Almeida.

Homenagens

Os novos professores catedráticos

Teotônio Monteiro de Barros Filho

Professor Catedrático de Ciência das Finanças

O professor TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO nasceu na cidade paulista de Ribeirão Preto, em 31 de agosto de 1901. São seus progenitores o sr. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS e a sra. d. JUDITH SOARES MONTEIRO DE BARROS.

Fez os estudos primários no Colégio Moura Lacerda e no Externato Francisco Leite, e os secundários no Ginásio do Estado, de sua cidade natal, tendo sido o orador da turma de bachareis em ciências e letras de 1917.

Matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, com a turma de 1919-1923. Conquistou notas distintas em quase todas as cadeiras do seu curso. Militou, ativamente, na política acadêmica, figurando nos movimentos cívicos do Centro “XI de Agosto”, bem como da Liga Nacionalista, percorrendo, como delegado desta entidade, diversos municípios do interior de São Paulo, onde realizou conferências. Foi “orador da chave” em sua turma.

Formado, abriu banca de advocacia em Rio Preto, neste Estado.

Em 1932, participou da Revolução Constitucionalista, no setor de Eleutério-Itapira. Foi, a seguir, um dos fundadores da Federação dos Voluntários de São Paulo e fez parte do seu diretório central. Eleito, na “Chapa Unica por São Paulo Unido”, deputado à Assembléia Constituinte Nacional, em 1933, salientou-se nos trabalhos de elaboração constitucional, tendo oferecido várias emendas ao capítulo sobre o Poder Executivo, emendas aceitas em maioria. Combateu, então, em discurso, a pena de morte. Cabe-lhe a iniciativa, na citada Assembléia, da campanha pela limitação

de certas correntes imigratórias, sobretudo a amarela, iniciativa de repercussão na imprensa brasileira, com o apôio de nomes eminentes, como os dos deputados MIGUEL COUTO, ARTUR NEIVA, PACHECO E SILVA e outros. Dessa atitude resultou a limitação fixada pela Carta de 1934, mantida pela atual de 1937. Reeleito deputado federal para a primeira legislatura ordinária, porém pelo Partido Constitucionalista. Nesse segundo mandato, foi investido no cargo de sub-líder da sua bancada, no qual permaneceu até a dissolução da Câmara em novembro de 1937.

Em outubro de 1938, inscreveu-se no concurso para a cadeira de Legislação Social, sendo classificado em primeiro lugar, com o professor A. F. CESARINO JÚNIOR que, por voto de desempate da congregação da Faculdade de Direito, foi elevado á cátedra. Em consequência desse concurso, recebeu o professor TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO o grau de doutor em ciências jurídicas e sociais e a livre docência de Legislação Social.

Em novembro de 1941, conquistou, em concurso para a cadeira de Ciência das Finanças, o primeiro lugar. Indicado por voto unânime da congregação, foi nomeado catedrático por decreto do governo do Estado, de 18 de novembro.

Tomou posse, em sessão solene da congregação, realizada a 25 do mesmo mês. Em nome dos seus colegas, saudou o novo catedrático o professor J. J. CARDOZO DE MELO NETO, diretor da Faculdade, tendo agradecido, em eloquente oração, o professor TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO. Os discursos não foram taquigrafados.

OBRAS PUBLICADAS

- 1 — “JUSTIÇA DO TRABALHO” (tese de concurso), São Paulo, 1938.
- 2 — “AS TAXAS E SEUS PRINCIPAIS PROBLEMAS TÉCNICOS” (tese de concurso), São Paulo, 1941.

Antônio Ferreira de Almeida Júnior

Professor catedrático de Medicina Legal

O dr. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JÚNIOR nasceu em Joanópolis, Estado de São Paulo, a 8 de junho de 1892, sendo seus pais o sr. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA e d. OTÍLIA CAPARICA DE ALMEIDA (já falecida). Feitos, na sua terra natal e em São Paulo, os estudos primários e preparatórios, matriculou-se, em 1906, na Escola Normal da Praça da República, pela qual se diplomou em 1909, depois de haver alcançado os prêmios “Pereira Barreto” (Física e Química) e “Rio Branco” (História do Brasil). Em 1915, concluiu os exames de curso secundário perante o Ginásio do Estado, matriculando-se, no ano seguinte, na Faculdade de Medicina desta capital. Aí se doutorou em 1921, tendo sido, na defesa da tese, aprovado com grande distinção.

Em sua atividade docente, o professor ALMEIDA JÚNIOR tem exercido, contemporaneamente, o magistério público e o particular.

No magistério público, começando como professor primário, em Santos e depois na Capital (1910), lecionou, sucessivamente, na antiga Escola Complementar de São Paulo (1910), na Escola Normal de Pirassununga (1911 a 1915) e no Instituto Disciplinar (1915 a 1919). Em 1920, foi chamado pelo professor SAMPÁIO DÓRIA, então diretor geral do Ensino, para seu auxiliar, sendo, em 1921, nomeado professor de Biologia e Higiene da Escola Normal do Braz. Transferido, em 1930, para o curso de aperfeiçoamento do Instituto de Educação, tornou-se, em 1933, professor de Biologia educacional desse estabelecimento (o qual, no ano seguinte, se incorporou à Universidade de São Pau-

lo). Extinto, em 1938, o Instituto de Educação, foi o professor ALMEIDA JÚNIOR, como todos os seus colegas, transferido para a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, — secção de Educação —, da qual passou agora para a cadeira de Medicina Legal da Faculdade de Direito, em que, aliás, já era livre docente desde 1928, tendo estado, a partir desta data, quase sempre na regência da cadeira.

O professor ALMEIDA JÚNIOR fez parte da comissão de doze professores, a qual organizou o ante-projeto, transformado na lei de 25 de janeiro de 1934, que instituiu a Universidade de São Paulo. Membro do primeiro Conselho Universitário, como representante do Instituto de Educação compôs, com os professores A. DE SAMPÁIO DÓRIA e TEODORO RAMOS, a comissão encarregada de organizar os Estatutos da Universidade; e, aprovados estes, integrou a comissão que redigiu o regimento interno da mesma Universidade.

No magistério particular, colaborou na fundação do Liceu Rio Branco, de que foi diretor e professor desde 1926 até 1934. E' igualmente um dos fundadores da Escola Paulista de Medicina, a cujo corpo docente pertence, como professor de Medicina Legal. Inaugurou, por fim, entre nós, na Escola de Sociologia e Política, em que é membro do Conselho Diretor, o ensino de Fisiologia e Higiene do Trabalho.

De 1921 a 1923, fez parte do Instituto de Higiene, como assistente pensionado. Na administração pública, exerceu os cargos de chefe do Serviço Médico-Escolar (1933) e de diretor geral do Ensino (1935-1938). Representou o Estado de São Paulo em diferentes congressos: 1.º Congresso Brasileiro de Higiene (Rio, 1923), Congresso de Proteção à Criança (Rio, 1933), Congresso de Educação (Ceará, 1934), Congresso de Ensino Regional (Baía, 1935), Congresso de Educação Física e Estatística (Rio, 1936). É consultor técnico do Instituto Nacional de Estatística (secção de Biologia) e membro do Conselho Médico-Legal do Estado.

Classificado em primeiro lugar, por unanimidade, pela Comissão Examinadora cujo parecer obteve, por parte da

Congregação, aprovação também unânime, o professor ALMEIDA JÚNIOR foi nomeado para reger a cadeira de Medicina Legal por decreto de 3 de dezembro de 1940. A posse efetuou-se a 10 do mesmo mês, em sessão solene da Congregação, na sala “João Mendes Júnior”, sob a presidência do diretor da Faculdade, professor J. J. CARDOZO DE MELO NETO. Uma comissão constituída dos professores FRANCISCO MORATO, VICENTE RÁO e MIGUEL REALE introduziu no recinto o novo catedrático, o qual, depois do compromisso da lei, foi saudado pelo diretor com as seguintes palavras:

“Esta solenidade é tradicionalmente uma saudação cordial e um voto de esperança.

A saudação ao novo professor que, após duras provas de sua cultura e aptidão, toma definitivo assento neste doutoral.

Um voto de esperança por que esteja sempre à altura de sua responsabilidade quem, com tanto desprendimento das riquezas terrenas, se reveste espontaneamente de tão alta dignidade pública.

Hoje, diante de vós, sr. professor ALMEIDA JÚNIOR, mantém-se íntegra a fórmula legal da investidura, mas a saudação e o voto têm sentido peculiar.

Não é a simples saudação cordial ao recipiendário. É o abraço fraternal de cada um de vossos colegas que, ha mais de doze anos, vos consideram como um dos nossos, de maior capacidade afetiva, de maior compreensão dos deveres que a nossa tradição sublima. É o abraço filial de todos os vossos discípulos, os de hoje como os de ontem, entre os quais alguns já se encontram entre os membros desta Congregação.

E, acima de tudo, não é um voto de esperança. É a afirmação de uma realidade. Da realidade vitoriosa que é a vossa vida, iniciada e integralmente vivida dentro do magistério, orientada exclusivamente na educação da mocidade, pela palavra, que em vós é um encanto de claridade e ordenado saber, pela ação desprendida e modesta, que em vós é quasi um defeito.

Recebeis em definitivo a cadeira de Medicina Legal. Dois foram seus ocupantes: AMÂNCIO DE CARVALHO que a inaugurou e à qual, durante quarenta anos, deu todo seu sadio entusiasmo e sua invulgar capacidade de transmitir; e ALCÂNTARA MACHADO que por ela passou como um ráio de luz, como foi sua vida. Dois temperamentos dispares, irmanados na dedicação a esta Academia que para ambos foi a própria razão de existir.

Sois bem o legítimo herdeiro de tão invulgar herança. Conservai-a, crescendo-a.

Eis o sentido da nossa saudação, e do nosso voto”.

Falou, a seguir, em nome da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, o professor MILTON DA SILVA RODRIGUES, que assim se expressou:

“Se a sêde de conhecer aquilo que nos cerca, muito mais que a um imperativo da necessidade, obedece por certo a um verdadeiro instinto que à própria criança não é estranho, sob a fôrma de ingênua curiosidade, constitue ela, porém, de começo, mera fase rudimentar e primária, destinada antes a suscitar problemas sempre novos, do que a resolver aqueles primeiros que nos despertaram o espírito.

À simples busca, ainda que exaustiva, de noções, segue-se muito naturalmente o desejo, ou melhor, a necessidade lógica de lhes pôr ordem, organizando-as em sistema à custa de um princípio de unidade. E assim, desde que o homem pela vez primeira, ao que sabe a História, voltou os olhos para o mundo que o circunda, não deixou jamais de apresentar os resultados das suas indagações, por mais singelas e primitivas que fossem, senão já coordenadas e unidas num todo, por vezes de infantil simplicidade. E foi assim que, de um modo ou de outro, ele sempre teve à mão, para tranquilidade do seu espírito e orientação dos seus atos, uma “imagem do mundo”, um panorama das coisas.

Frequentemente se deslocou o ponto-de-vista desse panorama; vezes inúmeras se lhe alterou o estilo da pintura. Mas, para cada época e lugar, não constituia ele tão só o

guia e confortador das consciências individuais, como ainda o liame principal das pessoas reunidas em grupos; e, por isso mesmo, os momentos de transição, quando, perdida a fé numa estrutura antes aceita, as opiniões ainda se dividiam inquietas, à cata de um novo princípio de unidade, esses instantes, digo, corresponderam a graves crises de pensamento e da sociedade.

Aqueles que, na idade-média, reunindo-se espontaneamente, deram vida às primeiras universidades, submetendo as sete artes liberais ao ceptro da Teologia, foram, talvez, os primeiros, também, a colocar explicitamente a finalidade suprema dos estudos superiores: a de construir os conhecimentos humanos como um todo único e convergente. A unidade dos conhecimentos, com o seu inevitável corolário, a sua universalidade, constituíram assim a essência espiritual do “studium generale” Unidade lógica, unicidade no tempo e no espaço, eram o bastante para fazer dele o esteio da tradição e da paz, o baluarte de resistência às crises espirituais e políticas.

Visão certamente por demais estática, o que nela havia de verdadeiro e bom foi felizmente preservado. Não mais se contenta o homem com impor às coisas um princípio transcendente de unidade, que ele intue ou se lhe revela, mas que por vezes vem a dar numa abreviação inoportuna que, fornecendo prematuramente uma explicação total, sacia a curiosidade; no entanto, só a insatisfação é realmente criadora.

Por isso, o espírito universitário atual se continua fiel ao princípio da unidade e da universalidade da ciência, juntou-lhe, desde começos do século passado, o da pesquisa livre e sistemática. Isto emprestou à universidade, além do fim que já tinha de manter as ligações com o passado, aquele de preparar o futuro, como produto deliberado da evolução do primeiro, o que certamente é maneira mais apta de se opôr às crises. E esta nova crença num princípio de unidade imanente às cousas, que é preciso construir penosamente, através dos instrumentos de indagação científica especializa-

da, em absoluto não se opõe à da fé antiga numa ordem transcendente que, mesmo por ser assim, a tudo tem que informar e em tudo refletir-se.

Se em tais considerações eu me atardei, senhor professor ALMEIDA JÚNIOR, foi justamente por ver em vós uma das personalizações mais completas desse espírito característico do verdadeiro universitário: o daquele que através da pesquisa, meticulosa e paciente, constrói capítulos da ciência, como partes de um mesmo todo, que é patrimônio comum da humanidade de todos os tempos. Não o afirmo presumindo apenas das já significativas premissas dos vossos títulos de médico, professor da Faculdade de Filosofia e antigo administrador do ensino, por isso que de vós aí temos obras escritas, tais como “Paternidade” ou “A Embriaguez no Teatro de Shakespeare” que bem demonstram aquele sentido de unidade e humanidade brotando da pesquisa desprevenida e rigorosa; e está diante de nós a obra não escrita e, sem embargo, mais notável ainda e digna de admiração, que é a vida exemplar de educador a que vos dedicastes por inteiro e em que culminaram vossas qualidades, já didáticas, na docência, já de equilíbrio e elevação de vistas, na administração do ensino público.

Quando o Conselho Técnico-Administrativo e a Congregação da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras resolveram enviar à cerimônia de vossa posse uma comissão de representantes seus e solicitar do exmo. sr. Diretor da Faculdade de Direito vênias para apresentar-vos suas calorosas saudações, não o fez sómente por tratar-se de um membro daquela Congregação e sentir-se ela sumamente honrada e jubilosa com a vossa vitória. Fê-lo também por ver em vós a expressão viva do espírito cuja disseminação e defesa constituem a própria razão de ser da Faculdade de Filosofia. E se fui o escolhido para trazer-vos estas palavras de despedida e felicitação, foi unicamente na esperança de que elas, perdendo embora no seu brilho e expressividade, pudessem ganhar, no entanto, no colorido que lhes desejaria

saber dar a quem que goza do privilégio de vossa amizade e, através dos bons e dos maus momentos em que a luta pelos mesmos ideais os reuniu, aprendeu a estimar em vós, sobre as vossas qualidades de espírito e de cultura, as do vosso caráter retilíneo, sereno e bom.

Que a felicidade que bem mereceis vos acompanhe em vosso novo cargo, é o voto ardente e sincero que faz neste momento a Faculdade de Filosofia; que o triunfo continuará galardoando os vossos esforços, é a sua certeza”.

Agradecendo, falou, por fim, o novo catedrático de Medicina Legal:

“Meus senhores:

Ao assumir, neste momento culminante de minha carreira didática, a cátedra de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que o meu primeiro pensamento se volva, em reverente tributo de admiração, para a memória dos dois grandes mestres que me precederam.

Quasi não conheci ANTÔNIO AMÂNCIO PEREIRA DE CARVALHO, e uma única vez pude falar-lhe, visitando-o meses antes de sua morte. Mas a quem pretenda celebrar-lhe as altas qualidades de mestre, bastará procurar inspiração na carinhosa reminiscência que dele guardam os seus discípulos, alguns dos quais têm hoje assento nesta douta Congregação. Fundador que foi, em nossa Faculdade, do ensino de Medicina Pública, a ele consagrou trinta e três anos de ação infatigável, só consentindo em abandonar o posto quando o cansaço e a doença o abateram. Ao apreciar-lhe os méritos, VALDEMAR FERREIRA, usualmente parco em elogios, escreveu esta frase singela e lapidar: “Professor assíduo, devotadíssimo ao magistério, claro nas lições, conseguiu converter os seus alunos em amigos, pelo afeto que lhes dispensava”. Se ha, meus senhores, uma parcela de glória na modéstia do cumprimento do dever, sem espetáculo nem ruído, sem outra ambição que não seja a de servir, essa parcela a alcançou

AMÂNCIO DE CARVALHO, cujo nome venerando, pronunciado com respeito por mais de trinta gerações acadêmicas, vai em breve gravar-se no pórtico da sala privativa de Medicina Legal desta Faculdade.

JOSÉ DE ALCÂNTARA MACHADO DE OLIVEIRA, professor substituto desde 1895, passou a ocupar, em setembro de 1925, o lugar então deixado por AMÂNCIO DE CARVALHO. A ALCÂNTARA MACHADO, nos seus catorze anos de catedrático, foram escassos (bem o sabeis) os ensejos para o exercício da atividade docente. Mandatos eleitorais repetidos, comissões oficiais, a própria doença o mantiveram quasi sempre distante do convívio escolar. Contudo, sua extensa cultura na especialidade e seu renome nacional de jurista, uma e outro realçados pelos méritos de burilador primoroso do nosso idioma, conferiram-lhe, à aristocrática personalidade de intelectual, uma refulgente auréola, cuja uminosidade projetou clarões de prestígio sôbre a “sua” Faculdade de Direito, que ele amou como poucos.

Fui, durante longo tempo, detentor provisório dos encargos da cátedra que esses dois belos espíritos engrandeceram. Tornando-me hoje seu depositário efetivo, avalio a responsabilidade que para mim significa o recebimento do suntuoso legado; mas espero poder continuar a honrar, como supponho havê-lo feito até agora, o exemplo e a memória d’os dois eminentes professores.

Amplia, para o meu coração, a magnitude desta cerimônia, a presença de amigos e de colegas, que me trazem o confortante testemunho do seu júbilo. Não preciso dizer-lhes como me sinto grato pela simpática demonstração, e como me desvanece e me encanta vê-los compartilhar da minha alegria.

Comparece também a honrosa representação da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, instituto a que até hoje pertencí, como titular da cadeira de Biologia educacional, e que expressa, nesta solenidade, os seus sentimentos para comigo, através da palavra fraternal de MILTON DA SILVA RODRIGUES, meu companheiro de todas as horas. Quero dizer

bem alto a esses colegas a minha gratidão. Pertencí, senhores, a uma instituição universitária paulista que um cataclismo administrativo, certo dia, subverteu. Pois bem: os naufragos dessa organização, arremessados para o seio da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, foram aí acolhidos como irmãos, nela encontrando um teto hospitaleiro e a mais benévola cordialidade. Ao despedir-me dos velhos companheiros do Instituto de Educação, bem como dos novos colegas da Faculdade de Filosofia — todos agora integrados numa família única — digo-lhes, de coração aberto, que me é sumamente grata a gentileza do seu gesto, e ainda uma vez lhes asseguro a firmeza e a indestrutibilidade do meu afeto.

Vejo, por fim, reunida para receber-me, a Congregação desta vetusta Faculdade, inclusive o seu eminente titular emérito, meu querido amigo e mestre, professor FRANCISCO MORATO. E pelo douto conclave se encarrega da palavra ritual de recepção o seu ilustre presidente, professor CARDOZO DE MELO NETO, o qual, além de diretor, presentemente se reveste das insígnias de decano desta casa; de sorte que, ao ouvir-lhe a oração generosa e acolhedora, como que percebo as vozes de um século de gerações de mestres a me darem as boas vindas.

Meus senhores

Ainda que de direito o mais novo na Congregação, posso considerar-me de fato um dos mais antigos de seus membros. Com efeito, olhando agora o brilhante cenáculo, não vejo nos seus vinte e quatro elementos efetivos senão seis que aí já estavam, quando vim para a Faculdade. Os outros ingressaram depois; e noto mesmo entre eles, desvanecido, mas levemente pungido pela melancolia, diversos antigos alunos meus.

Em princípios de 1928, acerquei-me desta Faculdade, batendo-lhe à porta, para a obtenção da livre docência, com uma dissertação de Higiene social. Desde o último ano do curso médico, sendo assistente do Instituto de Higiene, eu me orientara para os problemas dessa categoria, e o trabalho

que aqui apresentei não significava senão o prosseguimento da tese com a qual me havia doutorado, em 1921, perante a Faculdade de Medicina de São Paulo. Mas — fato curioso — atraído para aqui principalmente pelos capítulos de Higiene social que a cadeira então comportava, eu me vi, dois anos depois, súbitamente espoliado dessa parte, quando, em 1930, a Medicina Pública dos cursos de direito se contraiu em Medicina Legal.

Todavia, não me desesperou o escamoteamento praticado pela lei. Os largos e sedutores horizontes da Medicina Jurídica haviam-me sido desvendados, no curso médico, por dois mestres de escol, que me distinguiram com a sua estima particular, e cujos nomes evoco, neste momento, sob profunda emoção e comovido respeito: OSCAR FREIRE, para a Medicina Legal, FRANCO DA ROCHA para a Psiquiatria Forense. Demais, nos dois anos que precederam o concurso de livre docência, meu prezado companheiro e mestre FLAMÍNIO FÁVERO houve por bem abrir-me as portas do seu magnífico Instituto — hoje, o palácio brasileiro da Medicina Legal — onde, como assistente extra-numerário e debaixo da prestimosa tutela de ARNALDO AMADO FERREIRA, me foi dado retornar e estender contactos com as práticas peculiares à disciplina.

E assim, armado, municiado, confiante, procurei as trincheiras de combate, certíssimo de que a vitória seria facil.

Vitória facil! Engano d'alma lêdo e cégo.. Para demonstrar, meus senhores, quanto nesse particular eu me iludira, permiti recordar alguns quadros episódicos.

Certa manhã, nas vésperas das provas, meu excelente amigo ERNESTO LEME (nessa época simples aspirante ao lugar que hoje tanto dignifica), me dizia, alarmado, pelo telefone: “Os professores da Faculdade estão indignados com o senhor! O senhor vai entrar daqui a dias em concurso, e ainda não os foi visitar!”

De fato, eu ignorava essa praxe histórica, e, por não tê-la obedecido, provocara o reparo de um catedrático da

época. A diligente amizade do meu antigo discípulo de Pirassununga fizera o resto.

Não conservo mais, meus senhores, a lembrança integral do que foi, para a minha timidez de semi-roceiro, essa longa “via crucis” pelas residências e escritórios dos dezoito mestres de direito de 1928. Devo confessar, entretanto, que no fim da semana, ao atingir o alto do Calvário, meu optimismo um pouco petulante já se diluira como fumo ao vento. Em cada palavra, em cada gesto dos futuros juizes, o desconfiado paulista fronteiriço julgava perceber, entrando-lhe na carne, as farpas da zombaria. Numa ou noutra frase, imaginava mesmo poder decifrar a próxima sentença capital.

PINTO FERAZ, diretor de então, com aquela sua fidalguia de figura, aquelas maneiras de grão-senhor da era vitoriana, foi singelo e objetivo: “Compareça de casaca!” determinou ele. Depois, observando-me a indumentária do momento, uma suspeita atroz deve ter-lhe atravessado o cérebro, pois julgou prudente acrescentar: “Gravata branca!”

Procurei, a seguir, o boníssimo PACHECO PRATES. Não garanto, mas desconfio que desta vez, por exceção, o sábio, nobre e querido velhinho usou de ironia: “Ha em sua dissertação (comentou) umas coisas de direito romano. Faz muito bem: estude essa matéria, que é interessante. O senhor verá. E olhe que na sua idade eu era ainda analfabeto!”

RAFAEL SAMPÁIO (o causador confesso do telefonema alarmado de ERNESTO LEME) me maravilhou por mais de uma hora com o caleidoscópio inquieto dos seus paradoxos. “Precisamos (afirmou) precisamos conhecer, antes do concurso, e de viva voz, a biografia do candidato. Ou, como dizem vocês médicos, fazer-lhe a anamnese. A Faculdade é uma família, e de quem pretenda entrar para lá dever-se-ia mesmo exigir o “pedigree”. Já viu as corridas da Moóca? Pois nenhum corredor inscreve sem o “pedigree”. Demais (prosseguio) dar aulas constituí apenas parte — e até parte secundaríssima — da obrigação docente. Como não se tem

por bom o sacerdote que só diz missa, também não é professor completo quem se limite a dar aulas. A atividade social representa parte integrante da docência; e a melhor ocasião de se aferir a capacidade do candidato para essa função, está na visita protocolar. Devia mesmo haver uma nota para ela. Foi por isso (concluiu) foi por isso que reclamei a sua apresentação”.

Quanto a mim, canhestro, gaguejante, saí dali convencido de haver, naquela primeira prova, alcançado nota zero.

CARDOZO DE MELO NETO, depois de cordialíssima palestra, avivada por uma dezena de anedotas acadêmicas, resumio seu plano de batalha em uma frase final, que me deixou gelado: “Para podermos ser benévolos nos concursos de catedráticos (declarou), pretendemos, nos concursos de livre docência, usar o máximo rigor”.

Os que conhecem SPENCER VAMPRE facilmente imaginam a acolhida jovial e bondosa que me proporcionou, em sua bela biblioteca, o insigne mestre de Introdução à ciência do direito. Contudo, para que o trato pessoal do anfitrião não me induzisse em ilusões, advertiu, no momento da despedida: “De uma coisa não se esqueça o meu amigo: *senatores boni viri, senatus mala bestia...*”

SAMPÁIO DÓRIA, meu chefe de outrora, meu amigo e mestre de sempre, grande responsável por aquela aventura toda, foi cruelmente lacônico: “Ainda não acabei de ler a sua dissertação (antecipou-me desde logo): achei por lá um galicismo tremendo, que me desorganizou o sistema nervoso”. O galicismo, realmente horrível, era o verbo “aclimatar”.

VALDEMAR FERREIRA, por fim, o último de cujo comentário me recordo, recebendo-me à rua 15 de Novembro, no amplo salão que lhe servia de escritório, prevaleceu-se da nossa vizinhança de origem e do fato de falarmos o mesmo sotaque das fraldas da Mantiqueira, para usar a franqueza não raro mordaz que o caracteriza: “Sua dissertação (disse

ele) é excelente... é excelente como trabalho de reportagem!”

E assim, meus senhores, na cruciante expectativa de quem prevê um malôgro tão certo como é certo o nascer matutino do sol, aqui me apresentei, em novembro de 1928. Mas, com grande surpresa para mim, e maior alegria, as previsões funestas não se verificaram. Um dia, depois de atormentado pela dialética de ágeis espíritos da Congregação (três dos quais, os mais diabólicos, recentemente nos foram restituídos), depois de manipulado segundo as normas tradicionais da casa, sai da velha sala n. 1 — a câmara de torturas — desarticulado e cambaleante, para ser, no dia seguinte, proclamado vencedor...

Desde aí, meus senhores, e a despeito da rudeza da cerimônia de iniciação, tem crescido a minha amizade por esta Faculdade e pelos mestres que integram a sua corporação docente. Deles me vieram reiterados estímulos para o trabalho; com eles me habituei ao prazer de contemplar e compôr as paisagens doutrinárias das ciências da sociedade; entre eles, na média dos seus espíritos, aprendí que a suprema lição da elegância mental está no comedimento, na repugnância pelo colorido berrante ou pelo gesto espetacular. E pude ver, no exemplo vivo de cada dia, como homens de todas as crenças, das mais diversas tendências filosóficas, das mais opostas ideologias, logram descobrir aquí um terreno comum, no empenho de viver polidamente uma vida intellectual de tolerância e de cooperação. A prova melhor desta larga compreensão da harmonia social está em que entre eles encontra indulgência e perdão a minha inoperante incredulidade religiosa; e — o que é bem mais difícil, pois se trata de matéria política em uma escola de políticos — certos elementos, tão brilhantes na inteligência quão recentes na composição da casa, me permitem declarar, sem reação maior que não seja a de um sorriso, a minha profunda e inabalável fé na democracia e no voto universal.

Tudo isto, meus senhores, para os mestres da Faculdade. Que direi, entretanto, dos seus estudantes?

Posso confessar agora que foram eles a causa de um dos maiores pavores da minha carreira de professor. Recebi, um dia, no segundo semestre de 1929, curto memorandum de JÚLIO MAIA: ALCÂNTARA MACHADO se licenciara; o diretor me convocava para a substituição; a aula, na manhã seguinte, deveria versar sobre a identificação pelos ossos.

Eu já estava calejado, senhores, no magistério e até fóra dele, para perigos graves; mas esse, de enfrentar uma turma de acadêmicos de direito (ou, melhor, duas turmas, pois justamente em 1929 o 4.º e o 5.º andavam recebendo, simultaneamente, lições de Medicina Legal) esse perigo me pareceu ultrapassar a minha temeridade. Falava-se à boca pequena (certamente para me intimidar) em “trotos” nos professores novatos, em “trotos” nos docentes não bachareis, e eu já me via escorraçado da sala, não pela porta por que entrara, mas pela janela; contundido, escoriado, com a roupa a escorrer clara de ovo. Demais, que assunto infeliz me aranjara JÚLIO MAIA para uma aula inaugural: a identificação pelos ossos

Mas vim. Vim, e ainda uma vez a minha estrêla me sorriu. Os estudantes daquele ano (entre os quais um, loiro, vivo, zombeteiro, chamado JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA), me receberam pacificamente, deixaram-me falar, e, com a atenção por mim habilmente desviada para três crânios que o professor BOVERO me emprestara — o de um branco, o de um negro e o de um japonês — me permitiram chegasse intacto ao término da aula.

Desde aí ficamos bons amigos, os estudantes e eu. Eu, um pouco distante, rabugento, talvez excessivamente assíduo, (como me exproubrou um dia um velho professor); atento demais nas horas de prova escrita, imprudente perguntador no momento do exame oral. Eles, incomparavelmente mais estudiosos do que o admite a fama, e perfeitos nas aulas. Assegura-se que quando soltos pelos pátios ou no território livre do largo São Francisco, são uns demônios, e eu o acredito. Mas na sala, salvo o caso endêmico de dois ou três dor-

minhocos inofensivos, a preocupação de todos é ouvir, tomar notas, indagar, compreender.

Quero, por isso, neste instante tão grato para os meus sentimentos de professor, endereçar daqui uma saudação muito afetuosa às diversas gerações acadêmicas que, de 1929 a 1941, passaram pelas minhas aulas.

Devo, entretanto, meus senhores, terminar esta oração, que já ultrapassou os limites marcados pelo protocolo.

Estando eu no meu trigésimo primeiro ano de magistério oficial, e ha treze anos já nesta Faculdade, poder-se-á pensar que a investidura de hoje significa (mais ou menos como disse, em ocasião análoga, o saudoso professor ENJOLRAS VAMPRE) uma espécie de matrimônio “in extremis”, efetuado à beira do leito, unicamente para regularizar a situação dos filhos já nascidos. Não, meus senhores, não penso assim. Tenho diante de mim, ainda, um largo programa a executar, na Faculdade de Direito, e sinto que possúo não só o desejo como também as fôrças para executá-lo. A cadeira de Medicina Legal oferece janelas amplas para o mundo biológico, psicológico e social. Por essas aberturas, rasgadas sôbre as realidades humanas, o ambiente, não raro artificial, circunscrito pelos velhos muros do direito, recebe ondas vivas de sol, que o iluminam e o aquecem. Dentro da Medicina Legal, e no simples desenvolvimento do seu programa, espero coadjuvar, com eficiência cada vez maior, o trabalho desta casa na formação cultural da mocidade; e, penso ainda cooperar com os meus doutos colegas na tarefa, já encetada, de renovação do ensino juridico paulista. Tolhido pelas limitações naturais do meu engenho, não contribuirei, é certo, com grande coisa. Mas haverá da minha parte, como até hoje, pertinácia e continuidade. E tudo quanto fizer, fá-lo-ei com os olhos postos na grandeza secular desta Faculdade e a aspiração muito viva de que prevaleçam no Brasil a ordem jurídica e a paz”

BIBLIOGRAFIA

I — Sobre Medicina Legal

1. *Crençices e superstições brasileiras ligadas à concepção, à gestação e ao prognóstico do sexo (resultados de um inquérito)* — Conf. na Soc. Med. e Cirurg. de S. Paulo, 1926.
2. *Crençices e superstições brasileiras ligadas ao parto e aos primeiros cuidados para com o recém-nascido (resultados de um inquérito)* — Conf. na Soc. Med. e Cirurg. de S. Paulo, 1927.
3. *Crençices e superstições brasileiras ligadas à escolha do nome (resultados de um inquérito)* — Conf. na Soc. Educação, 1927.
4. *O Exame médico pre-nupcial* — tese para a livre docência, ed. “Instituto D. Ana Rosa”, São Paulo, 1927.
5. *O Delito de Infeção e o Código Penal* — Arq. Soc. Med. Leg. Crimin. São Paulo, vol. II, ano II, fasc. 2.º, jan. 1928.
6. *Direito de autópsia?* — Arq. Soc. Med. Leg. Crimin. São Paulo, vol. III, ano III, fasc. 1.º, aut. 1931.
7. *O hiato nocivo na vida legal dos menores* — Arq. Soc. Med. Leg. Crimin. São Paulo, vol. IV, ano IV, jan. — dez. 1933.
8. *O Alcoolismo no Brasil-Colônia* — Rev. Fac. Direito São Paulo, vol. XXX, fasc. II, abril-junho 1934.
9. *Data do defloramento; carúnculas mirtifformes* — Rev. Fac. Direito São Paulo, vol. XXX, fasc. III, julho-set. 1934.
10. *Importância da cirurgia estética* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXX, fasc. III, julho-set. 1934.
11. *Nos domínios da superstição; mau olhado e figa* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXI, fasc. I, jan.-março 1935.
12. *Casamento sob hipnose* — Arq. Inst. Ident. Rio, ano V, n. 12, out. 1935.
13. *O espiritismo é uma religião?* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXIV, III, set.-dez. 1938.
14. *A embriaguez no teatro de Shakespeare* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXV, fasc. I, jan.-abril 1939.
15. *A ilegitimidade no Estado de São Paulo* — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXII, nov.-dez. 1939.
16. *Paternidade* — Comp. Edit. Nacional, São Paulo, 1940.
17. *A perícia médico-legal no Código de Processo Civil* — Conf. na Soc. Med. Leg. Crimin. São Paulo, 1940.

18. *Aspectos da nupcialidade paulista* — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXVIII, julho 1940.
19. *A idade para casar* — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXVIII, julho 1940.
20. *A embriaguez habitual do funcionário* — Conf. na Soc. Med. Leg. Crim. São Paulo, 1940.
21. *Embriaguez habitual: crime ou doença?* — Rev. Penal e Penitenciária, ano I, vol. I, fasc. 1.º, 1940.
22. *O programa de Medicina Legal da Faculdade de Direito (resultados de um inquérito)* — Ed. Fac. Dir. São Paulo, 1940.
23. *A Medicina e a aplicação da lei sobre acidentes do trabalho* — Conf. na Semana de Infortunística da Soc. Med. Leg. Crim. de São Paulo, 1940, publicada na Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXVI, fasc. I, 1941.
24. *Os reveladores da mentira* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXV, fasc. III, 1940.
25. *A destruição dos cabelos, lesão corporal* — Rev. Fac. Dir. São Paulo, vol. XXXV, fasc. III, 1940.
26. *Sobre o aguardentismo nacional* — Rev. Arq. Municipal, ano VI, vol. LXXII, nov.-dez. 1940.
27. *O exercício da Medicina e o novo Código Penal* — Lição inaugural dos cursos de 1941, na Escola Paulista de Medicina, publicada na Revista Forense, Rio, maio de 1941.
28. *Alcântara Machado e a Medicina Legal brasileira* — Conf. na Soc. Med. Leg. Crimin. São Paulo, 1941, publicada nos Arq. da Polícia Civil, n. 1, S. Paulo, junho 1941.

II — Sobre outras matérias

1. *O Saneamento pela Educação* — Tese de doutoramento pela Faculdade de Medicina de S. Paulo, 1921.
2. *Cartilha de Higiene* — 1.ª ed., 1922; 16.ª ed., 1938.
3. *A alimentação na idade escolar e pre-escolar* — Tese oficial para o 1.º Congresso Brasileiro de Higiene, Rio, 1923 (Boletim n. 15 do Instituto de Higiene).
4. *Investigações sobre algumas medidas para a avaliação da capacidade respiratória* — Conf. Sociedade de Educação, 1923 (Boletim n. 16 do Instituto de Higiene).
5. *Investigações sobre a merenda escolar* — Conf. Sociedade de Educação, publicada no “Estado de S. Paulo”, 27 de março de 1923.

6. *As verminoses nas escolas* — Conf. Sociedade de Educação, 1923.
7. *A prova de Schneider nas crianças e nos ancilostomados* — Investig. em colaboração com o dr. Samuel Pessoa, Brasil-Médico, 1924.
8. *O ensino da puericultura nas escolas* — Tese para a Sociedade de Medicina e Cirurgia, 1925.
9. *Formação de hábitos sadios nas crianças (contribuição da escola pública paulista)* — Tese oficial para o 3.º Congresso Brasileiro de Higiene, 1926.
10. *Anatomia e Fisiologia humanas* — 1.ª ed., 1931; 6.ª ed., 1941.
11. *Noções de Puericultura* (em colaboração com o dr. Mário Mursa) — 1.ª ed., 1927; 2.ª ed., 1933.
12. *Assistência à criança em idade escolar* — Tese oficial da Conf. Nacional de Proteção à Infancia, Rio, 1933.
13. *Clínicas de Nutrição e Merendas Escolares* — Idem, ibidem.
14. *As clínicas de Eufrenia: sua necessidade e sua organização* — Idem, ibidem.
15. *A Escola Pitoresca* — Ed. Comp. Ed. Nacional, 1934.
16. *O nosso diário alimentar (resultados de um inquérito)* — Arq. Inst. Educ., 1935.
17. *Novos Prédios para Grupo Escolar* — Estudo técnico-administrativo (em colaboração), public. oficial, 1936.
18. *Anuário do Ensino do Estado de S. Paulo* — Public. oficial, 1936.
19. *Os problemas da escola primária na zona rural* — Boletim n. 4 da Diretoria do Ensino do Est. S. Paulo, 1936.
20. *Anuário do Ensino do Estado de S. Paulo* — Public. oficial, 1937.
21. *Biologia educacional* — Ed. Comp. Ed. Nacional, 1939.
22. *Evolução histórica da ciência da nutrição* — Conf. inaugural do curso de dietética promovido pela Esc. Paulista de Medicina, 1940.
23. *Estatística e Biologia* — Conf. no Instituto Nacional de Geogr. e Estatística, Rio, 1941.

Doutrina

O Privadismo do Direito Criminal na Doutrina de Teixeira de Freitas

Waldemar Ferreira

I

1. Muito invejou TEIXEIRA DE FREITAS a fortuna de ANTONIO LUIS DE SEABRA, quanto às criticas feitas ao projeto de código civil português, de sua autoria, a despeito de muitas não terem sido, nem em quantidade, nem em qualidade. O convite, feito pelo governo português, por portarias e officios, aos tribunais e instituições científicas e universitarias, para que sobre o projeto se manifestassem, apresentando pareceres, emêndas ou aditamentos, deu, no sentir de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, “mediocre resultado, pois os poucos trabalhos que foram produzidos só se notabilizaram pela sua superficialidade, incluindo os dos professores da Faculdade de Direito de Coimbra, que eram membros da comissão revisora; de tal sorte que o illustre autor do Projeto não deu importância alguma às criticas feitas ao seu trabalho, antes replicou com azedume, mantendo os seus pontos de vista” (1).

Causaram elas, todavia, inveja ao genial juriconsulto brasileiro.

(1) LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. 1 (Coimbra, 1929), pag. 123, n. 20.

“Os estudos jurídicos”, escreveu êle, “os estudos jurídicos são geralmente réputados como aridos e ingratos, os habitos da meditação não são muito vulgares; e na verdade assás afligem êsses golpes, que a *meia sabedoria* nunca dispensa. Bem afortunado foi o sr. SEABRA, tendo por competidor um jurisconsulto provector, a quem não falecem nem luzes nem experiência para aquilatar a sua obra. Quão diversa foi a nossa estrela! Publicado o primeiro fruto de nossas ténazes locubrações (falamos da *Consolidação das Leis Civis*), a sua única censura foi a mudez do silencio, quebrado apenas pelas vozes perdidas de dois artiguitos, que inseriu o *Diário do Rio de Janeiro*, onde se nos falou de uns *direitos mistos* que até hoje não conhecemos, e se nos disse que as leis deviam ser escritas em *estilo bíblico*. Se não fossemos de sobejo compensados pelo poderoso acolhimento do sábio Monarca, que aprovou nossos trabalhos, e por todos os modos entre nós alimenta o sagrado fogo da ciência; se não fôra tambem a outra preciosa recompensa de um doutissimo voto official que precedêra a essa aprovação soberana, talvez que tantas vigílias fôsem desde logo condenadas ao mais profundo esquecimento” (2).

(2) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova Apostila à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Portuguez* (Rio de Janeiro, ed. Laemmert, 1859), pag. 8.

O voto official consignou-se em parecer da comissão nomeada em 1858, pelo govêrno, composta dos Conselheiros VISCONDE DE URUGUAI, JOSÉ TOMAZ NABUCO DE ARAUJO e CAETANO ALBERTO SOARES:

“Por meio de exame, a que procedeu a Comissão, chegou ella à justa apreciação dessa elaboração, que, a par do estudo profundo, erudição vasta, e método didático, dá testemunho do zelo, dedicação e constância do seu distinto autor; e recomenda e atesta sua habilitação para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatorio importante.

“A Comissão considera a *Consolidação* digna de aprovação, senão de louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e clareza do texto, pela illustração das notas, as quaes o fundamentam, e ao mesmo passo o regeneram dos êrros e abusos da praxe; sendo que destarte a *Consolidação* além do fim especial a que se destina, presta um serviço importante ao fôro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quaes, no vasio do direito pátrio, acham largas para o arbítrio, adotando muitas vezes como subsidiárias, por supôsta omissão das nossas leis, disposições que lhe são contrárias. A Comissão conclúe que a *Consolidação* merece aprovação e louvor do Governo Imperial”

2. Escritas se achavam palavras tais e, provavelmente impressas, quando TEIXEIRA DE FREITAS se viu na necessidade de aditar ao volume, em que elas ganharam letras de fôrma, “satisfação em tempo”.

“Era justa”, disse êle, “era justa nossa mágua, resentindo-nos da frieza dos tempos para com os estudos sérios, e trabalhos científicos; e saiba-se, que nem ao menos correspondidos fomos (houveram exceções) em cartas dirigidas a pessoas, que passam por Papinianos, mas de ciência guardada, só atestada por discipulos que adoram seu mestre, e juram em suas palavras. Felizmente ainda existem corações nobres, que sentem as pulsações do amor por tudo que é grande, e glorioso para a patria. Depois de escrevermos o que se lê na página 9.º, um ilustrado juriconsulto — o sr. ANTONIO PEREIRA REBOUÇAS, que já particularmente nos havia dado uma prova de aprêço aos nossos trabalhos, encetára no *Correio Mercantil* a publicação de várias censuras ao dispositivo de alguns Artigos da *Consolidação das Leis Civis*, e ilustrações de suas Notas. Cordialmente agradecemos ao nosso distinto Colega este tão louvavel expediente. Todos os seus judiciosos reparos serão cuidadosamente tomados em consideração, ou em artigos destacados e pelo mesmo jornal, ou em observações adicionais de uma 2.ª edição, para a qual já estamos autorizados pelo Govêrno. Provavelmente devem haver alguns pontos em que concordemos, e nós mesmos já temos uma bôa coleção de apontamentos para algumas retificações, que o tempo e a prática demonstram. Bem difficil é tomar um a um todos os mínimos traços de uma cópia em miniatura, que melhor comparação não póde ter a simplificação e consolidação de materias esparsas por um sem número de átos legislativos. O trabalho é obrigado, e por demais acanhado — *sermocinatur e vinculis*. Já é tempo de não serem as causas precedidas pelos efeitos, de não ser a sabedoria um atributo suposto, uma centêlha de prestígio. Muito feliz fôra o Brasil, outro espetáculo apresentaria a sua administração de justiça, se êle contasse muitos homens

virtuosos e patriotas, como é o ilustre Jurisconsulto, a quem prestamos esta homenagem”.

3. O extraordinário mérito da obra de TEIXEIRA DE FREITAS constituiu, sem dúvida, o seu maior defeito. Se a *Consolidação das Leis Civis* não provocou o movimento de opinião, que seu aparecimento justificava, aconteceu isso de estar o jurisconsulto, que a concebeu e realizou, muito acima da cultura jurídica do país, a despeito dos grandes e altos espíritos, que o conduziam nos seus destinos históricos. Achava-se, desde 1830, em execução o código criminal e, desde 1850, o código comercial, incontestavelmente dois grandes monumentos de sabedoria jurídica, que as leis de organização judiciária e processuais completaram, marcando as épocas em que se promulgaram. Não quis TEIXEIRA DE FREITAS, como é de moda nos tempos atuais, preparar de afogadilho o projeto de código civil, de cuja redação estava incumbido. Se a *Consolidação das Leis Civis* foi o trabalho de sapa de sua construção, no *Esboço* lançaram-se os alicerces formidáveis em que êles assentariam e de cujo material se serviria VELEZ SANSFIELD para o lineamento do código civil argentino. Teve êste, por isso, de retorquir às críticas amargas e injustificáveis de ALBERDI. “Mas”, defendeu-se o codificador argentino, “*mas el doctor ALBERDI ha creído citarme ejemplos del código francés que equivocadamente cree que ha seguido el método de la Instituta y se burla de la preferencia que he dado al señor FREITAS sobre TRONCHET, PORTALIS, MALEVILLE. El doctor ALBERDI confiesa que no conoce los trabajos de la legislación del señor FREITAS y parece convencido que nada mejor puede haber que los jurisconsultos que formaron el código francés, tan criticados hoy por los jurisconsultos de la misma nación. Puede perdonarme que yo despues de un sério estudio de los trabajos del señor FREITAS los estime sólo comparables con los de SAVIGNY*” (3)

(3) ENRIQUE MARTINEZ PAZ, *Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino* (Cordoba, 1927), pag. LVI.

Além das inúmeras concepções originais, que assinalaram o trabalho formidável de TEIXEIRA DE FREITAS, sôbrepairou o principio mestre e original da unificação do direito privado, que propuzera ao Govêrno Imperial, em 1867, antecipando-se ao movimento legislativo que, dando desenvolvimento ao dispositivo constitucional de 1874, da Suíça, ensejou a unificação de consideravel parte do direito privado no código federal das obrigações de 1881. A despeito de aceito o plano unificador do direito privado brasileiro, em fórmula inteiramente original, pela Secção de Justiça do Consêlho de Estado, recusou-o o Govêrno Imperial. A sua recusa envolveu o próprio *Esboço*. Deu o aviso de 18 de novembro de 1872 como rescindindo o contrato celebrado com TEIXEIRA DE FREITAS, “já pelo tempo decorrido, já porque v. s. declarou, na sua mencionada representação, que, pela desharmonia profunda entre o seu pensamento e as vistas do Govêrno Imperial, julga-se inhabilitado para redigir aquêlê projeto”. Este participio havia de ter magoado sobremodo o jurisconsulto maior.

Não se julgara êle, com efeito, *inhabilitado*, mas incompatibilizado para a consecução do objetivo, em razão de se lhe ter apresentado diretriz diversa. O plano de elaborarem-se dois códigos, um geral e outro especial, houve-o o ministro da Justiça, e era JOSÉ DE ALENCAR, do ponto de vista legislativo, como “frutos muito prematuros”, embóra, do ponto de vista científico, revelassem “as altas faculdades do autor, e sua opulenta cultura jurídica” (4).

“O Govêrno”, é da representação de TEIXEIRA DE FREITAS, “o Govêrno espera por um projeto do código civil no sistema dêsse *Esboço*, sistêma traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim não há possibilidade de observar tal sistêma, convencido, como estou, de que a emprêsa quer diverso modo de execução. O Govêrno quer um projeto de código civil, para reger como subsidio ao complemento de um código de comércio; intenta conservar o código co-

(4) WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Mercantil Brasileiro*, vol. 1 (São Paulo, 1934), pag. 59, n. 21.

mercial existente com a revisão, que lhe destina; e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civís, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um código do comércio. O Govêrno só pretende de mim a redação de um projeto de código civil, e eu não posso dar êsse código, ainda mesmo compreendendo o que se chama direito comercial, sem começar por um outro código, que domine a legislação inteira”.

“Se”, concluiu, “se me negam a possibilidade moral de arranjar códigos de rotina, que só servem para atrair recompensas exteriores, então sou réu confesso”.

Levou a lealdade do juriconsulto, externando a divergência de seu pensamento e o ponto de vista governamental, em documento cuja valia se aparêlha com o ólvido, que sobre êle caíu; levou-a a abandonar, cheio de amarguras, antes do remate, obra monumental, que, se não se condensou, naquêle tempo, nos articulados do código civil brasileiro, inspirou e reproduziu-se em hõa parte do código civil argentino, mercê do nobre e alto espirito de universalização, que a orientou.

II

Se, em Portugal, o projeto de código civil, elaborado por ANTONIO LUIS DE SEÁBRA, teve crítica assás resumida, muito repercutiu no Brasil. Tanto que publicada a sua primeira parte, analisou-a ALBERTO DE MORAIS CARVALHO, em volume que iniciou notavel polêmica com o autor do projeto, e culminou com a entrada de TEIXEIRA DE FREITAS no debate. Três apostilas tinha publicado aquêle ⁽⁵⁾, quando êste publicou a — *Nova Apostila à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sôbre o projeto do Código Civil Português*.

(5) A polêmica se movimentou em vários volúmes, a saber: ALBERTO ANTONIO DE MORAIS CARVALHO, *Observações sôbre a primeira parte do projeto do Código Civil Português do Exmo. Conselheiro Antonio Luis de Seábra*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1857.

Do merecimento da crítica dos dois juristas brasileiros, falou, insuspeitamente, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, em mais de um passo. Apesar, disse êle, “apesar da calorosa defêsa que fica exposta, o plano do nosso código civil é, sem dúvida alguma, extremamente defeituoso, técnicamente inferior ao propugnado pelo jurista brasileiro TEIXEIRA DE FREITAS — a êsse tempo encarregado pelo governo brasileiro de elaborar também um projeto de código civil, e que, além dum *titulo preliminar*, em que se propunha tratar *do lugar e do tempo*, estabelecia uma *parte geral* em que se ocupava *dos elementos do direito: pessoas — cousas — atos juridicos*, e uma *parte especial*, assim dividida: *dos direitos reais, dos direitos pessoais, disposições comuns dos direitos reais e pessoais*, incluindo nesta terceira parte as sucessões, o concurso de credores, a prescrição”.

Mas, adiante escreveu, “se o direito civil é o complexo de todas as disposições que regem as relações civis dos individuos entre si (e também entre os individuos e o Estado), relações que correspondem aos direitos que as man-

ANTONIO LUIS DE SEÁRA, *Apostila (n.º 1) à censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do projeto do código civil*. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858.

ALBERTO ANTONIO DE MORAIS CARVALHO, *Resposta à primeira apostila do senhor Antonio Luis de Seabra*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1858.

ANTONIO LUIS DE SEÁBRA, *Apostila (n.º 2) à censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do código civil*. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858.

ALBERTO ANTONIO DE MORAIS CARVALHO, *Resposta à segunda apostila do senhor Antonio Luiz de Seábra*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1858.

ANTONIO LUIS DE SEÁBRA, *Apostila (n.º 3) à censura do sr. Alberto Moraes de Carvalho sobre a primeira parte do projeto do código civil*. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.

ALBERTO ANTONIO DE MORAIS CARVALHO, *Resposta à terceira apostila do Senhor Antonio Luis de Seábra*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1859.

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova apostila à censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil português*. Rio de Janeiro, Tipografia Universal de Laemmert, Rua dos Inválidos, 613, 1859.

ANTONIO LUIS DE SEÁBRA, *Novissima Apostila em resposta à diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto do Código civil português*. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.

têm, o ilustre SEABRA deveria, como lhe observara TEIXEIRA DE FREITAS, classificar essas relações e direitos, e não dissecar os elementos do direito em geral, para fundar num dêles isoladamente o seu sistêma, erigindo assim um edificio, não numa base inteiriça, mas sim numa base mutilada” (6).

Poder-se-ia, realmente, acompanhar a argumentação de TEIXEIRA DE FREITAS e estudar, de acôrdo com ella, o código civil portuguez, se apenas não nos interessasse um dos aspectos de sua critica, vigorosa e profunda.

Não era menor que o jurista o polemista.

III

5. “Não pensamos”, doutrinou o jurisconsulto brasileiro, “não pensamos que o nobre redator do projeto esteja perssuadido, com a mór parte dos escritores franceses, de que o direito criminal seja um ramo do direito público. Se o passado do seu direito pátrio, se os Estatutos da Universidade de Coimbra de alta sabedoria, *sicut cymba in oceano*; se a velha distinção entre crimes públicos e particulares, distinção ainda guardada na Reforma Judiciária de 1841, posto que omitida na posterior legislação do código penal; se ainda não se tem desquitado das nações tradicionais de um direito privado — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, e de um direito civil — *quod quisque populus ipse sibi constituit*; abandone agora essas suposições falazes, que se têm perpetuado a mercê do som das palavras, mas que não acham lugar em qualquer espirito que distingue e firma idéias sem lhe importar a roupagem dos vocábulos”.

“Se o direito criminal não entra na esfera do direito público, é bem claro que não pôde ser outra cousa senão um ramo do direito privado. Se tanto nos quizerem conceder, e uma vez que não se recuse tambem a distinção en-

(6) LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em commentário ao Código Civil Português*, vol. 1 (Coimbra, 1929), pag. 117, n.º 19.

tre crimes públicos e crimes particulares, ao menos ser-nos-á permitido concluir logicamente que êsses crimes particulares entram na órbita do direito privado, e que portanto o direito privado compreende alguma cousa mais do que as regras ou disposições do direito civil propriamente dito”.

“Na peor das hipóteses, não deixaremos de reconhecer as boas consequências práticas dessa divisão das leis, que distingue os direitos que são do interêsse público daquêles que são do méro interêsse privado — *unicuique licet contemnere haec quae pro se introduta sunt*; porém ao mesmo tempo diremos que uma tal distinção, tão aproveitavel no ponto de vista das faculdades jurídicas, é falsa e funesta em relação do direito como sinônimo de complexo de leis”.

“Ela conduz a uma eterna impossibilidade de traçar a linha divisória entre o direito público e o direito privado, impossibilidade em que laboram todos ou quasi todos os escritores francêses e alemães; bem que em seus escritos não deixem de entrever a idéia caraterística, que só nos pôde dar a base para uma precisa separação.

“E na verdade, a persistir-se em tal ponto de vista, o direito civil será reduzido a um circuito mesquinho; pertencendo ao direito público uma grande parte de suas disposições, e ficando o pouco que lhe restar travado assim mesmo de uma mescla, que nem ao mais penetrante classificador consentirá livrar-se de uma perplexidade contínua. Eis a razão do irresolúvel problema *por efeito da mesma natureza complexa do direito*”.

6. Lida nos dias de hoje, essa curiosissima passagem causa móssa ainda aos espíritos menos perspicazes. A divisão dos crimes em públicos e particulares e a inclusão do direito criminal na esfera do direito civil, que regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e suas relações, aturdem o leitor desprevenido; vindo o conceito de onde veiu. Obriga-o, em seguida, a meditar, a firmeza da asserção, a reclamar outras e

mais profundas indagações. Não teria sido TEIXEIRA DE FREITAS levado a ela pelo calor da polêmica?

A resposta negativa logo se apresenta, dada a circunstância de ter êle reproduzido pensamento antigo e, portanto, persistente, resultado de convencimento.

7. “A divisão de todas as leis (dizemos nós em um outro trabalho, que nos foi incumbido pelo Govêrno Imperial, e que já se acha nos prelos) derivada da distinção e diferença das relações jurídicas das duas personalidades, que funcionam na vida inteligente, é uma divisão real fundada na natureza das cousas.

“Ela é perfeita, e confirmada pela análise de todas as leis; porque fóra dessas duas categorias não existe efetivamente lei alguma. Ela é perfeita, e racionalmente exata; porque o concurso de personalidades individuais, e de uma personalidade pública, não póde dar em resultado, senão ou relações entre aquela, ou relações com esta.

“Em toda a escala de suas manifestações, a personalidade pública mostra-se como poder simplesmente constituído, como poder constituído e organizado, como poder em ação efetiva; e finalmente desce à arêna dos individuos, individualiza-se a par dêles e coloca-se no mesmo pé, submetendo-se às mesmas applicações das leis pelo poder judicial, e provocando como indivíduo a ação especial dêste poder. Eis a última personificação, que toma o poder público, personificação que equivale a uma transformação completa, e o despe de seu caráter de soberania. Mas aí, nêste grau extremo da escala, termina a esfêra do direito público, e começa a do direito privado”.

“Assim apreciado o poder público, quando, representado pelos agentes de seu ministério, vem solicitar justiça aos magistrados e tribunais, como se fôra um simples particular, acha-se a idéia caraterística, que nos fornece a base de uma exata linha de separação entre o direito público e o direito privado. Partindo-se de uma distinção nêste aspecto, todas as relações protegidas e reguladas pe-

lo direito criminal vêm necessariamente arranjar-se na esfera do direito privado; e conseqüentemente é de mister separar todos os direitos inerentes a essas relações, para não envolvê-los, ou reproduzi-los inutilmente, nas prescrições do direito civil. Separado e conhecido o que tem sido objeto da legislação penal, todo o resto (no terreno do direito privado) é o que pertence ao direito civil propriamente dito, é o que verdadeiramente constitue a matéria própria de um código civil. E qual o limite racional entre o civil e o penal?”

“As relações jurídicas dos cidadãos entre si (escusado é dizer *privadas*, pois não há outras dos cidadãos entre si que tenham o nome de *públicas*) correspondem a uma parte desses direitos, que em sua variada frase a Carta Portuguesa denomina *individuais* ou *civis*; mas, assim como desses *direitos individuais* alguns há que não são da alçada do direito privado por entrarem na esfera do direito administrativo, outros há que são os *propriamente civis*, por isso mesmo que são os únicos que o código civil regula e protege, e que racionalmente só deve abranger.

“Ora, todos os direitos individuais, ou são *absolutos*, ou são *relativos*; não há espécie alguma de direitos, que não caia debaixo dessa divisão ampla e dominante. Os primeiros são os originários da personalidade do homem, e os hipotéticos da propriedade; os segundos são os que recaem sobre pessoas certas e determinadas. Pois bem: quanto aos primeiros, entram todos na compreensão do direito criminal que os protege com a penalidade, e só o de propriedade entra na órbita do direito civil; quanto aos segundos, excetuados alguns casos especiais, pertencem em regra ao direito civil”.

8. Desenvolvendo essa argumentação, acrescentou TEIXEIRA DE FREITAS em nota:

“Tudo o que se acha no projeto, arts. 2.634 a 2.670, sobre a — *responsabilidade civil em geral*, sobre a — *responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal*,

sôbre a — *responsabilidade meramente civil*, confirma exatamente nossos assertos, em acôrdo com uma Not. da Consolid. das Leis Civ. Introduç. pág. 45”. A *responsabilidade civil conexa com a criminal* (art. 2.641) diz respeito à ofensa dos *direitos primitivos* e à dos *direitos adquiridos* (propriedade em geral), reprimidas no direito criminal. A *responsabilidade meramente civil*, resultante da inexecução dos contratos, e de quaisquer outras obrigações (*direitos relativos — pessoais*), regula-se unicamente pelo direito civil. Como ainda mesmo errando-se, brilha a verdade!” (7).

Esclarece esta nota, realmente, o ponto de vista de TEIXEIRA DE FREITAS. Consignando, ademais, as noções fundamentais, na *Introdução da Consolidação das Leis Civis*, assentou êle dois principios:

a) “a distinção das personalidades, e sua razão de existência, assinalam os limites do direito público e do direito privado”;

b) “a sanção da pena no direito privado extrema as leis criminais das leis civis”.

Tendo estabelecido a divisão dos direitos em *pessoais* e em *reais*, fazendo classificação, que é o ponto de partida do sistema, que esboçou, chegou êle aos seguintes corolários:

“Os chamados direitos absolutos — *liberdade, segurança e propriedade* — entram na compreensão da legislação criminal, que os protege e assegura com a penalidade. Dêsses direitos o de *propriedade* entra na legislação civil. E’ no *direito de propriedade* que havemos de achar os direitos *reais*.

“Os direitos pessoais, excetuados os poderes da personalidade pública no círculo das leis orgânicas e administrativas, de que agora não tratamos, pertencem em regra à

(7) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova Apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sôbre o Projeto do Código Civil Português* (Rio, 1859), pag. 14.

legislação civil, que define e regula as obrigações dos indivíduos entre si. Eis os nossos *direitos pessoais*" (8).

9. Feita a bipartida divisão dos direitos, em tais termos, é ver como influiu ela na delimitação do âmbito do direito civil do criminal.

Páginas adiante focalizou o jurisconsulto êsse ponto.

"A violação", eis como êle se exprimiu, "a violação de quasi todos os direitos pessoais, que fazem parte do nosso patrimônio, só dão lugar a ações civis, e não a ações criminais. Essa violação só pôde partir da pessoa individualmente obrigada. Quanto à outra parte da propriedade, a violação produz quasi sempre ações civis. Quando produz ações criminais, a sanção não é completa com a aplicação da pena, falta a restituição da cousa, ou a indenização do dano, o que consegue-se por ações civis. Estes efeitos dimanam da natureza das cousas, já que nos delitos contra a propriedade corpórea necessariamente o objeto corpóreo está entre o agente, e o paciente, do delito; entretanto que a sanção penal é estranha ao destino dêsse objeto, afetando só a pessoa. Ao contrário, nos delitos contra a personalidade, não há nada de permêio entre o agente e o paciente do delito. Nestes delitos a ação imputável, que os constitue, só pôde ser atribuída a uma intenção malevola; ao passo que os direitos de propriedade podem ser violados por ignorância, por simples êrro. A sanção dos delitos contra a personalidade — contra os direitos de *liberdade e segurança*, fica preenchida em muitos casos com a aplicação de pena somente. Quando não ficar preenchida, por haver dano resultante, cuja reparação é necessária, a legislação tem providenciado para a satisfação dêsse dano. Resulta, pois, que os direitos de personalidade entram na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que entrem, segundo os princípios".

E prosseguiu:

(8) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, ed. Garnier, 1, 1.º vol., pgs. LXII e LXVI.

“Não haja distinção entre as relações jurídicas, já do poder público, já dos indivíduos entre si; não haja distinção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade, não se restrinja também a significação da palavra *delito*; e será impossível marcar a linha de separação entre o direito civil, e o direito criminal. Se no sentido mais filosófico os direitos da personalidade forem considerados de propriedade, seguir-se-á fazê-los entrar na órbita da legislação civil. A palavra *delito* é tomada em sentido tão largo, que BENTHAM, por exemplo, cujos escritos abundam em idéias tão luminosas, entendeu que toda a legislação civil rolava sobre *delitos, direitos, obrigações, serviços*, noções congêntas. Em seu ensaio para distinção do penal e do civil, a mesma idéia ampla do *delito* induziu a reputar a lei penal uma consequência, continuação, e terminação da lei civil”.

Passos adiante, positivou a doutrina:

“Tinhámos já notado, que sem restringir-se a significação da palavra *delito* não seria possível traçar a linha de separação entre o direito civil, e o criminal. Fixemos agora esta noção:

“1.º — significação da palavra *delito* — toda a violação de direitos;

“2.º — significação — toda a violação de direitos com intenção malévola;

“3.º — significação — toda a violação de direitos com intenção malévola, reprimida pelas leis penais;

“4.º — significação — toda a violação de direitos com intenção malévola, reprimida pelas leis penais correcionais.

“Esta última significação é alheia do nosso direito e da teoria da ciência; pertence toda ao direito francês.

“A primeira accepção é amplíssima. Confrontada com as duas, que se seguem em escala descendente, serve para no direito civil extremar as obrigações *ex-delicto* de todas as outras obrigações dos contratos e quasi-contratos. As

outras duas accepções separam o direito civil do direito criminal.

“O direito civil trata somente do delito pelo lado da reparação do dano causado, ou o delito seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se há uma pena decretada pela lei penal, o delito é de direito criminal” (9).

10. Tem-se, ao cabo desta digressão, indemonstrada a tésse de constituir o direito criminal ramo do direito privado e não do direito público, em que se encontra situado. No emaranhado das relações êntre os homens quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito, ou causa prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A mais não é coagido do que a restaurar o direito violado ou a reintegrar o patrimônio desfalcado, no tanto quanto baste para a restituição dêste ao seu estado anterior. Do delito, portanto, nascem obrigações e direitos de ordem civil. Não se inscreve, por isso, o direito criminal no quadro do direito privado.

11. Para a tésse de TEIXEIRA DE FREITAS poderiam ter contribuido, o código criminal de 1830, de um lado a dividir os crimes em públicos e em particulares, afim de dar às vitimas dêstes ação penal; de outro, a prescrever as nórmas atinentes à satisfação do dano; e certos principios doutrinários, ainda não de todo esmaecidos.

Na ausência de lei civil, reguladora da reparação do dano advindo do delito, o código criminal alçou o preceito geral de o delinquente satisfazer o dano com o delito causado. A satisfação seria, pela sua letra, a mais completa, que fosse possível, sendo, no caso de dúvida, a favor do ofendido. Para êsse fim, o mal, que resultasse à pessoa, e bens deste, seriam avaliados “em todas as suas partes, e consequências”. No caso de restituição, far-se-ia a da própria cousa, “com indenização dos deterioramentos”, e, na falta dela, de seu equivalente. Se se encontrasse a pró-

(9) AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, ed. Garnier, vol. 1, Introdução, pags. CIV, CLXI.

pria coisa em poder de terceiro, seria êle obrigado a entregá-la, havendo indenização pelos bens do delinquente. A avaliação do equivalente seria pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que êste não excedesse daquêle. Contar-se-iam juros, não apenas os ordinários, na proporção do dano e desde o momento do crime, mas também os juros compostos. A pluralidade de delinquentes acarretaria a obrigação solidária destes, dela não escapando os participantes gratuitos do produto do crime, até à concorrente quantia. A obrigação de satisfazer dano passaria aos herdeiros dos delinquentes e o direito de havê-la aos dos ofendidos. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, seria condenado a prisão com trabalho, pelo tempo necessário para o ganho da quantia necessária.

Ademais, a doutrina de TEIXEIRA DE FREITAS, apareceu, também, no seio da escola criminal positiva, renovada por THOMSEN, como observou EUGENIO FLORIAN. Pareceu a êste inaceitável a confusão, entre os sequazes dela feita, articulando o sistêma dos meios reparadores (direito civil), e dos meios repressivos e eliminatórios (direito penal), por diferir o direito penal do civil, profundamente, no objeto e nos meios, a despeito da identidade do escôpo de um e de outro na tutela do direito ou seja na reação contra os atos antijuridicos (10).

12. Não pôs em circulação o notável juriconsulto brasileiro, portanto, doutrina em prol da qual militasse apenas sua própria autoridade. Outros a defenderam. Incompatível é ela com as idéias modernas, de constante publicização do direito privado.

Sirvam as páginas, que aqui se encerram, para despertar maior e mais atilada indagação, no estudo da obra genial de TEIXEIRA DE FREITAS. Muito há nela a meditar e muitissimo a aprender.

São Paulo, 12 de janeiro de 1941.

(10) EUGENIO FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale*, vol. I, parte 1.^a — *Dei Reati e delle Pene in generale*, ed. Vallardi, 2.^a ed., pag. 110, n.º 59.

Concepção Tomista do Direito Natural

III

Alexandre Correia

Ao terminar o segundo artigo dissemos que, *salvo o ponto de partida*, da doutrina tomista do direito natural, não é possível levar mais longe o relativismo da ordem jurídica (1). Mas por êsse ponto de partida — a moralidade objectiva — S. Tomás escapa ao êrro do puro fenomenismo.

A *moralidade objectiva* é a *verdade objectiva* da ordem ética. Ora, na ordem lógica, devemos distinguir a *verdade* em matéria *necessária* ou *natural*, *impossível* ou *remota* e *possível* ou *contingente*. Quando o predicado convém *per se* ao sujeito, a proposição é em matéria *necessária*; assim, se dissermos — *o homem é animal*, ou, *tem a faculdade de rir-se*. Ao contrário, quando o predicado repugna *per se* ao sujeito, o enunciado é em matéria *impossível* ou *remota*; p. ex., êste — *o homem é asno*. Se enfim, num meio termo, predicado e sujeito não são entre si repugnantes nem convenientes *per se*, o enunciado recai sôbre ma-

(1) Cf. *Rev. da Fac. de Dto.*, vol. XXXVI, fascs. I e II, janeiro-agosto, 1941. Ao leitor a quem porventura êstes estudos possam interessar lembramos, que o 1.º artigo apareceu no fasc. de janeiro a dezembro, 1940, pgs. 577-590.

téria *possível* ou *contingente*; p. ex., *Sócrates é filósofo*, ou, *Sócrates é Persa*.

No primeiro e no segundo casos — juízos analíticos —, a simples análise do predicado revela a conveniência ou repugnância em relação ao sujeito. No terceiro, a repugnância ou conveniência é condicionada pela experiência; Kant denominaria êsses juízos *intéticos a posteriori*. No primeiro caso e no segundo, a verdade dos juízos é *objectiva*; isto é, o trabalho analítico da inteligência apenas consiste em descobrir a conveniência ou repugnância necessárias entre sujeito e predicado (2).

Ora, como a ordem moral é, segundo vimos, solidária e correlata da lógica, a *moralidade* também se apresenta como *necessária* ou *natural*, e *contingente*, tomando-se a expressão *natural* em sentido *restrito*, porque, como elucidamos, em sentido *lato* também o *contingente* é *natural*. Quando, na ordem prática, há relação moral *necessária* entre a nossa natureza racional e a perpetração de certos actos, essa relação moral é *objectiva*; no caso contrário, *contingente*. Assim, furtar, repugnando *per se* ao princípio sinderético fundamental, há *adaequatio* entre a proibição do furto e a nossa natureza racional; a lei que o proíbe é, pois, em matéria moral *necessária* ou *objectiva*, como o é a que nos impõe o dever da justiça. Diferentemente, restituir os depósitos — exemplo já aduzido — não importando relação de conveniência ou repugnância essencial, *per se*, com o referido princípio, não pode constituir objecto de obrigação ético-jurídica natural *objectiva*, mas apenas *contingente* (3).

O relativismo natural de S. Tomás supõe portanto um *absoluto*, que o funda e dirige. Não se esqueça porém, que êsse *absoluto* é contudo *condicionado* pelo *facto* da *natureza humana*; e isso mesmo fá-lo imergir na experiência. Um

(2) Cf. *Peri Hermeneias*, I, XIII, pr..

(3) Cf. LOTTIN, *Loi morale naturelle et loi positive*, ed. cit., pgs. 6 e segs..

atento exame fará compreender que tal assêrto não encerra qualquer contradição.

Não sòmente. Projectará ainda intensa luz sôbre a difícil e controvertida questão de saber-se *como o direito positivo deriva da lei natural*.

Indagando a noção de direito positivo, S. TOMÁS encontra a divisão tripartida e romana, do direito, em *natural, das gentes e civil*; e procura conciliá-la com a aristotélica, da justiça.

Esta última é a seguinte. O justo político (*politikón dikaion*) é legal (*nomikón*) ou natural (*physikón*). Este apresenta em tôda parte a mesma natureza; aquele é o resultado de uma convenção (*katá synthéken*). Embora a natureza humana mesma não seja dotada de *absoluta invariabilidade*, não tem a mobilidade característica das instituições convencionais (4).

Ora, essa concepção S. TOMÁS, nos seus comentários à *Ethica* do Filósofo, a identifica com a divisão dos juristas romanos, que denominam *jus* ao que ARISTÓTELES chama *justum (dikaion)*, e bipartem o direito em *natural e positivo*. Há porém diferença em que ARISTÓTELES deriva a denominação de *justo* ou *civil (justum vel civile)* do *uso* que dêle fazem os cidadãos, e os juristas romanos explicam o direito político ou civil (*jus politicum vel civile*) pela *causa*, pois é o direito que a cidade (*civitas*) para si constituiu. Assim, o chamado por A. *justo legal (justum legale, nomikón dikaion)* é o direito positivo (*jus positivum*), dos jurisconsultos, constituindo para êstes o direito civil parte do positivo.

(4) *Eth. Nicom.*, 1134 b 18-1135 a; V. VII. Quem desejar conhecer melhor o pensamento de ARISTÓTELES sôbre a lei natural deverá ler todo o cap. VII. Bons comentários em S. TOMÁS; e nos modernos: J. BURNET, *The Ethics of Aristotle*, London, Methuen, 1900; J. A. STEWART, *Notes on the Nicomachean Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1892, I, pgs. 492 e segs.; A. GRANT, *The Ethics of Aristotle*, London, Longmans, 1874, II, pgs. 126 e segs. E ainda outros, como RAMSAUER, em alemão. A bibliografia do assunto é vastíssima.

Mas, continuando a comentar o pensamento do Filósofo, S. TOMÁS introduz a noção do *ius gentium*, do direito romano. Pois, diz, distinguimos no homem dupla natureza. Uma como *animal*, com inclinações comuns às dos animais. Outra racional, por onde distingue o honesto do desonesto.

Ora, ARISTÓTELES funda em a natureza racional o *justum naturale*, fixo e invariável porque a natureza humana é em tôda parte a mesma: *non oritur ex aliqua opinione humana, sed natura*. E a sua causa se explica por comparação com a ordem especulativa. Nesta, duas espécies de princípios se distinguem: uns, os evidentes e indemonstráveis, com os seus derivados imediatos; outros, os descobertos pela inventiva humana e os que lhe estão proximamente ligados.

Assim também na ordem prática, *in operativis*, certos princípios são evidentes e como indemonstráveis, *quasi indemonstrabilia*, com suas conseqüências próximas como, evitar o mal, não prejudicar a ninguém, não furtar, e semelhantes; outros foram estabelecidos pela indústria humana — *per industriam hominum excogitata*.

A justiça fundada em a natureza racional do homem é o justo natural, o *direito natural*; a segunda, o *justum legale sive positivum*, o *direito positivo*.

Diversamente, os juristas romanos consideram direito natural, *ius naturale*, o que se funda em a natureza *animal do homem*; daí a famosa definição de ULPIANO, que S. TOMÁS tem presente, *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit* (5). Mas, ao lado dessa natureza comum com os animais, tem o homem a sua própria, racional; e o direito que nela se funda é o *ius gentium*, *quia eo omnes gentes utuntur* (diz S. TOMÁS, com as palavras mesmas de ULPIANO e GAIO), *sicut quod pacta sunt servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia hujusmodi*. Ambas essas divisões porém se incluem no *justum naturale* de ARISTÓTELES (6).

(5) D. 1.1.1.3.

(6) *Ethicorum*. V, lect. XII.

Como se vê, S. TOMÁS admite a divisão tripartida do direito privado em *natural, das gentes e civil*. Mas o seu esforço para aplicar a essa classificação romana a terminologia de ARISTÓTELES levou-o a uma *elaboração própria* desses conceitos, não coincidentes em tudo com a idéia dos jurisconsultos romanos (7).

Em síntese, a idéia de S. TOMÁS, nascida da preocupação de conciliar entre si as concepções de ARISTÓTELES e dos jurisconsultos romanos, pode se apresentar do modo seguinte.

A noção de direito (*ius*) ou de justiça (*iustum*) supõe um acto adequado a outrem de certo modo. Ora, essa adequação pode decorrer da própria natureza dos seres, (*ex ipsa natura rei*), como quando damos uma cousa em troca exactamente de outra; ou de uma convenção (*ex conducto*), como quando nos consideramos satisfeitos com o que recebermos. A primeira adequação funda o *direito natural*, (*ius naturale*); a segunda, o *direito positivo* (*ius positivum*) (8). Entre o direito natural e o positivo, participando de um e de outro, insere-se o *direito das gentes, ius gentium*.

O direito natural é susceptível de duplo sentido. Considerada a adequação a outrem — 1) de modo absoluto, *secundum absolutam considerationem*, temos o direito natural *strictissimo modo*, em sentido estritíssimo, que pode ser definido com ULPIANO — *quod natura omnia animalia docuit*. Nesta acepção podemos dizer, p. ex., que um sexo, sendo naturalmente adequado a outro, a procriação é de direito natural.

Mas a adequação — 2) pode fundar-se nas *conseqüências* racionalmente resultantes do justo natural; são umas *como conclusões* dos princípios imediatos da lei natural. Assim, a proibição de matar, defluente do princípio que

(7) A divisão tripartida do direito privado em *ius naturale, gentium et civile*, no direito romano, tivemos ocasião de estudá-la demoradamente num opúsculo para o qual remetemos o leitor. (*O conceito de i.n.g., et c., no d.r.*, S. PAULO, Odeon, 1934).

(8) *S. Th.*, 2., 2. 57.2.c.

a ninguém é lícito fazer mal; os contratos, como o de compra e venda, sem os quais o homem não pode satisfazer à sua tendência naturalmente social; a propriedade privada dos bens materiais; a monogamia.

Ora, essas instituições, derivadas da lei natural à guisa de *conclusões próximas*, constituem o domínio do *direito das gentes, ius gentium*. E assim considerado, o *ius gentium* pode ser definido, com Gaio, *quasi quo jure omnes gentes utuntur*. É um *direito natural especificamente humano* — *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit*. Porque comparar e concluir é próprio da razão; e assim a conclusão será natural, *secundum rationem naturalem* (9).

(9) IV Sent. d.33.q.1.a.1 ad 4^{um}: Strictissimo modo accipiendo jus naturale, illa quae ad homines tantum pertinent, etsi sint de dictamine rationis naturalis, non dicuntur esse de jure naturali; sed illa tantum quae naturalis dictat de his quae sunt homini aliisque communia; et sic datur definitio, scilicet, jus naturale est quod natura omnia animalia docuit — *S. Th.*, 2., 2. q. 57 a. 3. c: jus quod dicitur naturale... commune est nobis et aliis animalibus. — *Ethic.* V, lect. XII: Attenditur in homine duplex natura. Una quidem, secundum quod est animal, quae sibi et aliis animalibus est communis. Alia autem natura est hominis, prout scilicet secundum rationem discernit turpe et honestum. Juristae (i. é; os juriconsultos romanos) autem illud tantum dicunt *jus naturale* quod consequitur inclinationem naturae communis homini et aliis animalibus, sicut conjunctio maris et feminae, educatio natorum, et alia hujusmodi. Illud autem jus quod consequitur propriam inclinationem naturae humanae, scilicet ut homo est rationale animal, vocant juristae *jus gentium*, quia eo omnes gentes utuntur, sicut quod pacta sint servanda, et quod legati apud hostes sint tuti, et alia hujusmodi. Utrumque autem horum comprehenditur sub justo naturali, prout hic a Philosopho accipitur. — Optimo comentário de vários textos célebres do Digesto (D. 1. 1. 3, 4; 5; 6; 9) à luz dos princípios aristotélicos (*Et. Nic.*, V, VII, 1134 b 18 segs.) Não pensamos porém que seja essa a verdadeira exegese dos textos romanos; não se devem entender à luz da moral aristotélica, que nenhuma influência exerceu sobre ULPIANO nem sobre GAIO; mas sim à do *estoicismo*, como deixamos exuberantemente demonstrado na monografia retrocitada e onde se encontram provas do que avançamos aqui. Por isso, dissemos que S. TOMÁS, esforçando-se por adaptar os textos de GAIO e de ULPIANO às idéias aristotélicas (sem dúvida influenciado também por ISIDORO DE SEVILHA — cf. *S. Th.*, 1.^a 2.^o q. 95. a. 3 e 4) fez uma verdadeira *elaboração* de idéias suas. Mas como o que agora nos importa é o seu pensamento, nenhum alcance tem a questão de saber se a sua interpretação das doutrinas romanas é ou não exacta. — Pode-se conferir ainda sobre o pensamento tomista — *S. Th.*, 1. 2. q. 95 a. 4: ad *jus gentium* pertinent ea quae derivantur ex lege naturae sicut *conclusiones ex principiis*, ut iustae emptiones, venditiones et alia hujusmodi, sine quibus homines ad

Mas, — 3) a adequação que a idéia de justiça, e portanto de direito, implica pode fundar-se apenas numa *convenção humana, ex condicto*; e temos então o *direito positivo, ius positivum, iustum legale sive positivum*.

O direito positivo pode ser *privado* ou *público*, segundo a relação jurídica é entre particulares, ou entre êstes e a comunidade civil. E, como o *ius gentium*, também o *ius positivum* se alicerça no *ius naturale*, mas não do mesmo modo. Porque, diferentemente do *ius gentium*, deriva do natural, não a modo de *conclusão*, mas, de *determinação*, semelhantemente ao que se dá na arte, em que as formas gerais hão-de particularizar-se, para assumirem realidade concreta. Pois, assim como o artífice, para construir uma casa, há-de *determinar* numa forma particular o plano geral ideado, assim, para legislar eficazmente, não basta o legislador conhecer as normas gerais da lei natural. Os princípios gerais do direito natural — *quae in communi sunt de iure naturali*, precisam ser *determinados* por disposições legais — *indigent institutione quantum ad eorum determinationem* (10). Não podem portanto ser aplicados do mesmo modo a todos, por causa da múltipla variedade das cousas humanas (11). Para a manutenção da ordem jurídica positiva não basta saber-se que o bem deve ser praticado e o mal evitado e que, portanto, todo crime merece uma pena. A sabedoria e o tacto do legislador é que há-de *determinar a pena* merecida pelo delito — homicídio, furto, roubo. ..

invicem convivere non possunt; quod est de lege naturae, quia homo est naturaliter animal sociale — *Id., ib.* ad 1.^{um} jus gentium derivatur a lege naturali per *modum conclusionis*... distinguitur tamen a lege naturali, *maxime* ab eo quod est omnibus animalibus commune.

(10) *S. Th., Suppl.* 3.42.2. ad 1.^{um}: illa quae in communi sunt de jure naturali indigent institutione quantum ad eorum determinationem, quae diversimode competit secundum diversos status: sicut de jure naturali est quod maleficia puniantur; sed quod talis poena tali culpae apponatur, per determinationem juris positivi fit.

(11) *S. Th.,* 1.2.95.2. ad 3.^{um}: principia communia legis naturae non eodem modo applicari possunt omnibus, propter multam varietatem rerum humanarum. Et exinde provenit diversitas legis positivae apud diversos. Cf. *Ethic.* V lect. XII.

consideratis omnibus circumstantiis particularibus de tempo, lugar, valor económico, cumplicidade... e muitas outras peculiaridades impossíveis de se conhecerem antecipadamente. Compreende-se assim como o direito positivo varia de povo para povo e, num mesmo país, com a diversidade de regiões; e que as suas disposições não poderiam ser meras *conclusões* da lei natural, como as do direito das gentes. Estas últimas proibem *ea quae sunt secundum se mala*; a legislação positiva veda *ea quae possunt esse occasiones malorum* (12).

O direito civil é, pois, como diz GAIO (D. 1.1.9) *quod quisque populus ipse sibi constituit*, pelo qual cada Estado determina o que lhe é acomodado (13).

Óra, é fácil compreender que, em certo sentido, o *ius gentium* também é *direito positivo* e portanto S. TOMÁS tivesse podido escrever: *dividitur ius positivum in ius gen-*

(12) *In IV. Sent.*; dist. 15, q. 3, art. 1, q. 4: Praecepta juris naturalis prohibentur ea quae sunt secundum se mala; sed praeceptis juris positivi prohibentur ea quae possunt esse occasiones malorum.

(13) *S. Th.*, 1.2.95.2.c.: a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari: uno modo, sicut *conclusiones* ex principiis (*direito das gentes* ou *natural humano* — v. nota anterior); alio modo sicut *determinationes* quaedam aliquorum communium (é o *direito civil*). Primus quidem modus similis est ei quo in scientiis, ex principiis conclusiones demonstrativae producentur. Secundo vero modo simile est quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale: sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram. Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae *per modum conclusionum*: sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est nulli esse faciendum malum. Quedam per modum *determinationis*: sicut lex naturae habet quod ille qui peccat puniatur; sed quod tali poena puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae. — Texto capital nesta materia e de meridiana clareza. E S. Tomás conclui: ea quae sunt primi modi continentur in lege humana, *non tamquam sint solum lege posita*; sed habent etiam aliquid vigoris *ex lege naturali*. Sed ea quae secundi modi, *ex sola lege humana vigorem habent* — Cf. *Id. ib.*, art. 2 ad 3.^{um} e art. 4; 2.2.60.5; *Ethic.*, V, lect XII. Em *III Sent.* d. 37 a. 3. sol., S. Tomás observa, que o direito positivo se reduz ao natural, não *absolute*, mas, *consideratis omnibus circumstantiis particularibus*; assim quando se trata, p. ex., de saber qual a sanção eficaz de uma lei penal.

tium et ius civile (14). Nem isso contradiz o ter identificado o *ius gentium* com o *ius naturale* especificamente humano. Porque se de um lado o *ius gentium* decorre, como vimos, do *ius naturale*, a modo de *conclusão* — e só o ser racional é capaz de deduzir conclusões; de outro, não é menos exacto suporem essas conclusões — contractos, propriedade, casamento monogâmico, respeito da vida dos próximos etc., — forçosamente o convívio civil. Difere porém do direito natural, — comum aos homens e aos animais; e do civil, resultante sòmente *ex humano conducto* (15).

O direito civil ou positivo, embora derivado do natural a modo de determinação, como acabamos de ver, não tira daí o seu carácter de *obligatoriedade* e a sua *sanção* eficaz, senão da *vontade do legislador, ex voluntate instituentis*. Nisso difere do direito natural; pois, ao passo que êste implica um dever de justiça fundado na *razão, secundum regulam rationis*, aquele obriga pela *lei, secundum regulam legis determinantis*, e assim não haure na natureza mesma a sua fôrça obrigatória — *praecepta iuris positivi non reducuntur ad naturalia quasi ex ipsa natura vim obligandi habeant*. Derivada da natural, é certo que a lei escrita contém o direito natural, mas não o *institui* — *legis scriptura ius quidem naturale continet, sed non instituit*; porque não é em virtude da lei positiva que o direito natural é cogente, mas pela natureza — *non enim habet robur ex lege, sed ex natura*. Ao passo que a lei escrita tanto contém como institui o direito positivo, conferindo-lhe a autorida-

(14) *S. Th.*, 1.2.95.4.c.

(15) *S. Th.*, 1.2.95.4.ad 1^{um}: *jus gentium est quidem aliquo modo naturale homini, secundum quod est rationalis: inquantum derivatur a lege naturali per modum conclusionis, quae non est multum remota a principiis; unde de facili hujusmodi homines consenserunt. Distinguitur tamen a lege naturali, maxime ab eo quod est omnibus animalibus commune.* — Há visivelmente um esforço, da parte de S. TOMÁS, para conciliar ARISTÓTELES, os jurisconsultos romanos e ISIDORO DE SEVILHA, nesta questão da tripartição do direito. Cf. O. LOTTIN, *Le Droit Naturel chez saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, ed. cit. 3^{me}. ptie., ch. I.

de — *ius autem positivum scriptura legis et continet et instituit, dans ei auctoritatis robur* (16).

O direito positivo — civil e das gentes — derivando do natural, supõe como êste um fundamento racional necessário e objetivo: *lex est aliquid pertinens ad rationem; ordinatio rationis* (17).

Mas, se a ordem jurídica natural apresenta um carácter de relativismo e de contingência, no sentido já explicado, na ordem jurídica positiva, apesar-de racional, essa contingência manifesta-se ainda mais *acentuada*, por vários motivos.

1. — O legislador, por experimentado que seja, não poderá nunca *prever todos os casos: nullius hominis sapientia tanta est ut possit omnes singulares casos excogitare*, diz sinaladamente S. TOMÁS. Por isso visa apenas os casos mais freqüentes, *ut in pluribus*, os olhos postos no *bem comum — ferens intentionem suam ad communem utilitatem* (18). Sempre portanto que a aplicação da lei ferir a utilidade geral não deve ser realisada. A lei é para o homem e não o homem para a lei; meio, não fim. Jamais se poderia atribuir a S. TOMÁS o *fiat justitia pereat mundus*; nem accitaria êle nenhuma solução *totalitária* da ordem civil que, desprezando o valor e a dignidade da pessoa humana, fizesse do direito apenas um instrumento para reduzir o individuo à uma *peça* da grande engrenagem social, absorvendo-o por completo e eliminando-lhe tôda razão de viver (19).

(16) S. Th., 2. 2. 60. 5. c.; Id., 1. 2. 99. 5; Sent. 3. d. 37. q. 1. a. 3 ad 2^{um}; C. G., 3.123.

(17) Cf. S. Th., 1.2.90.1.c.; C. G. 3.114: quum lex nihil aliud sit quam quedam ratio et regula operandi, illis solis convenit dari legem qui sui operis rationem cognoscunt. Hoc autem convenit solum rationali creaturae. Soli igitur rationali creaturae fuit conveniens dari legem.

(18) S. Th., 1.2.96.6 ad 3^{um}. O artigo tem como titulo — *utrum liceat ei qui subditur legi, praeter verba legis agere*; e no corpo, S. TOMÁS dá um exemplo de dispensa da lei, num caso imprevisto.

(19) A ordem jurídica positiva, derivada da natural, tem como limites que não pode ultrapassar, aniquilando-os, os princípios fundamentais da nossa natureza racional. Desde o momento em que erige a *noção abstracta do Estado* em finalidade absoluta de

O direito positivo se manifesta por aquí sob o império da contingência.

Nem é de admirar a quem não esquecer que a *moral*, da qual o direito faz parte, tem por objecto material os *actos humanos*. Ora, êstes, sendo *particulares* e *contingentes*, podem variar ao infinito, e portanto não é possível o legislador instituir nenhuma regra permanente e infalível, *quae in nullo casu deficeret* (20).

Mas ainda que o pudesse, não poderia o legislador, por evitar a *confusão*, prever todos os casos — *propter confusionem vitandam* (21). Quantas páginas teria um código de tal natureza? Na contingência se embebem as raízes mesmas da vida humana.

Daí a necessidade de se recorrer à *aequitas*, chamada pelos gregos *epieieia* (epieikeia), que abranda os rigores da justiça, adaptando-se às situações particulares, como a *régua lésbia*, referida por ARISTÓTELES; corrige as insuficiências do legislador, mas nem por isso se divorcia da justiça, em absoluto, senão só, quando necessário, da *legal* — *iustum quod est de lege determinatum*. Nem se opõe à severidade da lei, que apenas rejeita por evitar o mal; pois, *sequi verba levis in quibus non oportet, vitiosum est* (22).

tôda a ordem jurídica, colide com as injunções imprescriptíveis da lei natural e se transforma em regime tirânico e despótico que não pode exigir a livre adesão da nossa consciência. A propósito, e em sentido pouco diferente, poderíamos lembrar o texto do jurisconsulto romano, aduzido por S. TOMÁS (l. cit.): *nulla ratio juris aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro salute hominum introducuntur, ea nos duriori interpretatione, contra ipsorum commodum, perducamus ad severitatem* (D. 1.3.25). Voltaremos amplamente a êste assunto quando, no exame da definição tomista da *lei*, estudarmos a noção e as exigências do *bem comum*. Mas o leitor poderá ver desde já, se quizer, DABIN, op. cit., pg. 182 e segs.

(20) S. Th., 2.2.120.1; cf. *Id.* 1.2.91.3 ad 3^{um}; Ethic., v. 16.

(21) S. Th., 1.2.96.6 ad 3^{um}.

(22) S. Th., 2.2.120.2 ad 1^{um}: *epieikeia correspondet proprie iustitiae legali. S. Th., 2.2.120.1: epieikeia non deserit iustum simpliciter, sed iustum quod est lege determinatum. Nec etiam opponitur severitati: quae sequitur veritatem legis in quibus oportet; sequi autem verba legis in quibus non oportet vitiosum est. — Compreende-se, pois, que considere a equidade — *quasi superior regula humanorum actuum* (id. ib. a. 2. c.) — Ethic, V. 16: In*

Da insuficiência da lei positiva, para prever e regular *tôdas* as relações civis entre os homens, não se vá porém concluir, adverte avisadamente S. TOMÁS, que melhor é ser governado pelo *arbitrio* do juiz, o *iustum animatum* de ARISTÓTELES, e que as leis são inúteis. *Melhor* é, apesar-de tudo, o *regime da lei*, que o de quaisquer homens, por mais capazes e virtuosos que sejam. E justifica por *três razões*, a que não se pode negar vigoroso senso da realidade. A primeira é que, embora seja cada caso humano *particular*, é mais fácil contudo encontrar uns *poucos homens* prudentes capazes de legislar com tino e sabedoria, do que *muitos*, que seriam os necessários para julgar bem cada caso concreto. Em segundo lugar, o legislador considera maduramente e com antecedência a matéria da lei; ao passo que um juiz deve decidir sôbre factos particulares, emergentes de súbito. Ora, mais facilmente podemos julgar com acêrto depois de aturada reflexão, do que apoiado na consideração de um facto único. E enfim, o legislador, julgando em geral e para o futuro, leva superioridade sôbre o juiz que, devendo dirimir casos actuais, mais facilmente se deixa cegar — o que lhe deprava o juízo — do amor, do ódio, da cubiça. Portanto, conclui S. TOMÁS, como a justiça animada do juiz não se encontra em muitos e é flexível, é necessário, sempre que possível, seja determinado por lei como se deva proceder, deixando pouquíssima margem ao arbitrio humano — *et paucissima arbitrio humano committerentur* (23). Dos males o menor. Côncio da contingência das cousas humanas, S. TOMÁS não resvala na utopia perigosa de muitos reformadores hodiernos.

2. — O legislador defronta freqüentemente com *vários meios* a escolher, caminhos diversos conducentes ao fim vi-

Lesbia insula sunt lapides duri qui non possunt de facili ferro praescindi ut dirigantur ad omnimodam rectitudinem et ideo aedificatores utuntur ibi regula plumbea. Et sicut illa regula complicata adaptatur ad figuras lapidis, et non manet in eadem dispositione, ita oportet quod sententia iudicis adaptetur ad res secundum earum convenientiam.

(23) S. Th., 1.2.95.1 ad 2^{um}.

sado. Porque nas cousas humanas não há *meios determinados* para se alcançar um fim; diferenciam-se conforme as pessoas e os negócios. O objecto da lei positiva, indeterminado por natureza, é susceptível de determinações divergentes, elegíveis pelo senso jurídico e pela vontade do legislador. Dá-se com êle o que passa com o architecto: se quer edificar, há-de empregar madeira, cuja *qualidade* porém depende da sua livre escolha. Por onde se compreende o dito do jurisconsulto romano, (D. 1.3.20) *non omnium quae a maioribus lege statuta sunt ratio reddi potest*; muitas instituições do passado são oriundas de circunstâncias nem sempre claras aos olhos do jurista actual. E' a razão por que o costume pode fundar a lei escrita, abrogá-la, derogá-la, interpretá-la, modificar-lhe o conteúdo. Concorre com a acção do legislador, como fonte importante do direito positivo. Por onde se vê quanto êste difere do natural; pois, ao passo que as suas instituições podem abolidas *desuso* — *por dissuetudinem abolentur*, as prescrições do direito natural — *ea quae sunt a jure naturali*, nada será capaz de as abrogar — *nulla dissuetudine aboleri possunt*. Assim, em nenhum desuso conseguiria fundar-se a permissão do furto, do adultério, do homicídio (24).

O direito positivo é, pois, por essência dependente das vicissitudes da vida política. A contingência que, como vimos, já atinge o direito natural, nas suas conseqüências afastadas, penetra por completo a actividade do legislador. Mas nem por isso a ingente tarefa de constituir a ordem jurídica positiva lhe fica entregue aos devaneios do arbi-

(24) *S. Th.*, 2.2.47.15: *Ea quae sunt ad finem in rebus humanis non sunt determinata, sed multipliciter diversificantur secundum diversitatem personarum et negotiorum.* — Cf. *Id. ib.*, 2.2.57.2 ad 2^{um}; *Ethic.* V, l. XII. — *C. G.* 3.97: *necessarium est volenti aedificare domum quod quaerat ligna; sed quod quaerat abietina ligna, hoc ex simplici voluntate ipsius dependet, non autem ex ratione domus aedificandae* — Cf. *Ethic.* 1.3; *S. Th.*, 1.2.95.2 ad 4^{um}. — Sobre o *costume* como fonte da legislação cf. *S. Th.*, 1.2.97.3: *consuetudo et habet vim legis et legem abolet et est legum interpretatrix.* — *Quodl.* II, a. VI: *ea quae sunt de jure positivo per dissuetudinem abolentur; ea vero quae sunt a jure naturali. . nulla dissuetudine aboleri possunt.*

trio. Além de jungido às *condições concretas* que lhe cerceiam o agir, há-de sempre empregar a vista no alvo final do *bem comum* e não perder de sentido as exigências inelutáveis dos princípios sinderéticos. Mas dentro desses limites é enorme a sua liberdade de acção, e êle será um eco das transformações políticas, sociais, jurídicas, económicas, elaboradas no seio da comunhão nacional. Assim, frisa S. TOMÁS, alterando-se o regimen político, muitas leis hão-se de mudar: as próprias à democracia, govêrno do povo — *quae est potestas populi*, não se adaptam à oligarquia, govêrno dos ricos — *quae est potestas divitum* (25).

Mas o mundo de contingências que a envolve não tira à lei positiva o atributo necessário de ser a *sancionadora* e a *promulgadora* da lei natural. Não que esta seja de todo despida de sanções; mas, sendo elas de natureza puramente *moral*, não bastam a coibir as transgressões do maior número. Daí a necessidade da *coacção*, imposta pelo direito positivo aos que lhe transgridem as injunções; constitui uma *sanção* exterior e socialmente eficaz. E' o carácter *repressivo* ou *punitivo* da lei, que S. TOMÁS considera ao tratar do *fim* e dos *efeitos* dela.

O *fim* da lei, ensina, é tornar o homem *bom*; bom é aquelle cuja *vontade* é *boa*; boa é a vontade que quer o *bem* e sobretudo o bem por excelência que é o *fim*. Por onde, quanto mais a vontade o quiser tanto melhor será (26). Ora, como a *virtude* é a que torna o homem *bom*, é claro que próprio da lei é levar os homens a serem virtuosos, e efeito seu torná-los bons (27).

Em principio poderia ser ordenada a prática de *tôdas* as *virtudes*, porque em suma tôdas podem visar o *bem co-*

(25) S. Th., 1.2.97.1: lex recte mutari potest propter mutationem conditionum hominum quibus secundum diversas eorum conditiones diversa expediunt. — *Id.*, 1.2.104.3 ad 2^{um}: Si civitas vel gens ad aliud regimen deveniat, oportet leges mutari; non enim eadem leges conveniunt in democracia, quae est potestas populi, et in oligarchia, quae est potestas divitum.

(26) Cf. C. G. 3.116; *ib.*, 115,117; S. Th., 1.2.96.2 c. e ad 2^{um}; a. 3. c. e ad 3^{um}; q. 100.9 ad 1^{um} et 2^{um}; q. 107.2.

(27) S. Th., 1.2.91.1; *Sent.*, III, d. 37. q. 1 ad 2^{um}, sol. 1.

mun. alvo colimado pelo legislador (28). Contudo, não preceitua sôbre todos os actos de tôdas as virtudes, senão só dos ordenados ao *bem comum* que são, como veremos a seguir, os da *justiça* (29).

Quando porém S. TOMÁS assim o ensina, não pretende produza a lei o efeito de tornar *realmente cada cidadão virtuoso*, porque tal seria o bem particular dêle; e o legislador não visa o bem particular de ninguém. O a que deve tender é a uma *atmosfera social* propícia à vida virtuosa dos membros da comunidade civil; e isso é pròpriamente um bem comum. Por onde, não impõe a ninguém o dever de *ser virtuoso*; mas o de *proceder socialmente como se o fôsse*. E aos que não o são a êsses lhes *proíbe*, não a prática de *todos os vícios*; mas sômente, para procederem *como se fôsem* virtuosos, a dos que destruiriam, gravemente comprometeriam ou simplesmente perturbariam a ordem jurídica positiva, pela qual deve zelar (30). São, pois, *efeitos*

(28) *Sent.* III, d. 33. q. 3. a. 4 sol. 5 ad 3^{um}. e *ib.*, sol. 6 ad 3^{um} — *S. Th.*, 1.2.96.3. c.; *Ethic.* V. lect. 2 — A noção exacta e rigorosa de *bem comum*, o qual serve de objecto a declamações fáceis e sem nenhuma consistência, havemos de dá-la num estudo subsequente, ao tratarmos da definição da *lei* em geral, segundo S. TOMÁS.

(29) *S. Th.*, 1.2.96.3. c.

(30) Cf. *S. Th.*, 1.2.100.10 ad 2^{um}: *intentio legislatoris est de duobus. De uno quidem, ad quod intendit per praeceptum legis inducere; et hoc est virtus. Aliud autem est de quo intendit praeceptum ferre; et hoc est quod ducit vel disponit ad virtutem, scilicet, actus virtutis. Non enim idem est finis praecepti, et id de quo praeceptum datur; sicut neque in aliis rebus idem est finis et quod est ad finem. — C. Id., ib., a. 3 ad 2^{um}. — De Regimine Principum, I, 14. — S. Th., 1.2.96.2 c.: lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosus abstinere, sed solum graviora a quibus possibile est maiorem partem multitudinis abstinere; et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitione societas humana conservari non posset: sicut prohibentur lege humana homicidia et furta et hujusmodi. — Bom comentário ao pensamento tomista encontrará o leitor em LACHANCE — *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, Paris, Sirey, 1933, pg. 248: Maîtrisant à perfection son sujet, il (S. TOMÁS) démêle l'object, fin et effet de la loi: l'object est l'acte individuel ordonné; la fin est l'ordre supérieur de l'agir collectif ou le bien commun en acte; l'effet est la vertu ou le bien commun dans sa racine. Et le droit s'insère précisément dans l'object de la loi (id de quo praeceptum datur), c'est-à-dire dans l'acte de l'individu, afin de l'adapter soit à ses semblables, soit à l'ordre supérieur constituant le bien*

da lei positiva: *imperare*, ordenar a prática de certos actos — os genéricamente bons; *prohibere*, proibir a de outros — os genéricamente maus. Os genéricamente indiferentes ela os permite, *permittere*. E como para se fazer obedecer comina o legislador penas aos transgressores, o quarto efeito da lei é punir, *punire* (31). E' a coacção a que mais acima aludimos.

Ora, a lei coage pelo temor da pena: *coactio legis est per metum poenae; id per quod inducit lex ad hoc quod sibi oboediatur est timor poenae*. Porque a protérvia e o natural revel de muitos torna-os insubmissos e violadores da ordem jurídica; não obedecendo voluntariamente à lei, esta, coagindo-os pelo temor do castigo, *cogens metu poenae*, constrange-os ao jugo e a colaborar na realização do bem comum. Tal é a função disciplinar da lei, *disciplina legum* (32).

Dessa *disciplina* ou *aprendizagem* deflui o *efeito educativo* da lei positiva, a redundar no próprio punido que,

commum. (Grifos nossos). Do mesmo autor — *L'humanisme politique de Saint Thomas*, Paris, Sirey, 1939, II, 486. — *Mélanges thomistes*, Le Saulchoir, Kain (Bélgica), 1923, pg. 348, art. de E. HUGUENY intitulado — *L'État et l'individu*. Entre outras cousas nota o seguinte: *la vie vertueuse de la multitude* n'est pas une vie vertueuse au sens complet du mot, mais une orientation vertueuse des forces sociales organisées de telle façon, qu'elles provoquent, facilitent et protègent le plein épanouissement de la vie vertueuse des individus.

(31) *S. Th.*, 1.2.92.2. c.; *id. ibid.* 90.3 ad 2^{um}. No artigo anterior S. TOMÁS é visivelmente influenciado pelo famoso texto de MODESTINO (D. 1.3.7) — *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*; através de ISIDORO DE SEVILHA, como se conclui do *sed contra*.

(32) *S. Th.*, 1.2.100.9 c.: *praeceptum legis habet vim coactivam. Illud ergo directe cadit sub praecepto legis, ad quod lex cogit. Coactio autem legis est per metum poenae. Nam illud proprie cadit sub praecepto legis, pro quo poena legis infligitur — Id. ib. 92.2.c. — Ethic.*, X, l. 14: *multi homines non possunt per sermones provocari ad bonitatem... sed magis coercentur timore poenarum. Non enim recedunt a pravis operibus propter eorum turpitudinem, sed propter poenas quas timent. — Id. ib.:* *multi enim sunt, qui magis obediunt necessitati, idest coactioni, quam sermoni. Et magis obediunt jacturae, idest, damno, quod incurrunt pro poenis, quam hono honesto.*

pelo costume, será levado a praticar de grado o que antes só o fazia pela manudução coactiva (33).

Como tôda disciplina, a das leis se perfaz lenta e demoradamente: *lex humana*, pondera S. TOMÁS com profundo bom senso, *intendit homines inducere ad virtutem, non subito, sed gradatim*. Ele não ignora ser a lei positiva feita para uma multidão composta, na sua maior parte, de homens de virtude imperfeita. Por isso mesmo, como vimos, não coibe todos os vícios, senão apenas os mais graves, como o homicídio, o furto e semelhantes; mínimo necessário à subsistência do bem comum, e de que o grande número é susceptível. A educação social operada pela lei não escapa à condição geral das cousas humanas: — *non subito, sed gradatim; ab imperfecto ad perfectum* (34). Ao século XVIII, e a ROUSSEAU em particular, estava reservado ensinar o oposto a essas verdades confirmadas pela experiência quotidiana, proclamando o absurdo *dogma* da *bondade primitiva* do homem, inocente vítima da sociedade, que o corrompeu...

S. TOMÁS pode, pois, dizer com verdade: duas cousas a lei é por essência — regra dos actos humanos e dotada de fôrça coactiva (*lex de sui ratione duo habet: primo quidem, quod est regula humanorum actuum; secundo, quod habet vim coactivam*) (35). O direito positivo é, a esta luz, a verdadeira *sanção temporal* do direito natural; e Dabin

(33) S. Th., 1.2.95.1.c.: quia inveniuntur quidam protervi et ad vitia proni, qui verbis de facili moveri non possunt, necessarium fuit quod per vim vel metum cohiberentur a malo, ut saltem sic malefacere desistentes, et aliis quietam vitam redderent, et ipsi tandem, per huiusmodi assuetudinem, ad hoc perducerentur quod voluntarie facerent, quae prius metu implebant, et sic fierent virtuosí.

(34) Cf. S. Theol. 1.2.92.1 ad 2^{um}.; *id., ib.* 96.2.c. e ad 2^{um}: *lex humana intendit homines inducere ad virtutem, non subito, sed gradatim. Et ideo non statim multitudini imperfectorum imponit ea quae sunt iam virtuosorum, ut scilicet ab omnibus malis absterneant; alioquin imperfecti huiusmodi praecepta ferre non calentes, in deteriora mala prorumperent.* — No mesmo sentido *Quodlibet*. II. a. 10. ad 2^{um}. Cf. em *Mélanges Thomistes*, Le Saulchoir, Kain (Bélgica), 1923, pg. 356 art. de E. HUGUENY.

(35) S. Th., 1.2.96.5. c.

(op. cit. pg. 56) tem razão em afirmar, que *la contrainte publique est de l'essence du droit; du droit juridique*, — numa terminologia muito pouco feliz para designar o direito positivo.

E' mister porém notarmos que da afirmação de S. TOMÁS — a lei positiva é por *essência* dotada de *fôrça coactiva*, não se deve concluir pense êle ser a *coacção* da *essência do direito em geral*. Basta atender à sua concepção do *direito natural*, já exposta, para não lhe atribuir tal absurda conseqüência (36).

(36) A doutrina corrente, de que a *fôrça coerciva* do Estado, a serviço do direito, faz parte da *essência* dêste divulgou-se por influencia de KANT, embora antes já ensinada por PUFENDORFF (1632-1694). Nos seus *Principios fundamentais metafisicos da doutrina do direito (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre)*, ensina: Das stricte Recht kann auch als die Möglichkeit eines mit jedermanns Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmenden, durchhängigen, wechselseitigen Zwanges vorgestellt werden. . man kann den Begriff des Rechts in der Möglichkeit der Verknüpfung des allgemeinen, wechselseitigen Zwanges mit jedermanns Freiheit unmittelbar setzen. *Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei (Einleitung, § E; cf. § D. — grifo nosso)* Ou em português: “O direito estrito pode também ser representado como a possibilidade de uma coação geral e reciproca, concordando, segundo leis universais, com a liberdade de cada um.. Podemos fazer imediatamente consistir o conceito de direito na possibilidade da concordância de uma coacção geral e reciproca com a liberdade de cada um... *Direito e faculdade de coagir significam portanto o mesmo*”. E' verdade que logo adiante (*Anhang zur Einl. in die Rechtslehre*) KANT acrescenta: “Todo direito, no sentido estrito (*ius strictum*), é acompanhado da faculdade de coagir. Mas podemos ainda conceber um direito em sentido lato (*ius latum*), em que a faculdade de coagir não pode ser determinada por nenhuma lei. (Mit jedem Recht in enger Bedeutung — *ius strictum* — ist die Befugnis zu zwingen verbunden. Aber man denkt sich noch ein Recht im weiteren Sinne (*ius latum*), wo die Befugnis zu zwingen durch kein Gesetz bestimmt werden kann). Este porém é a *aequitas*; não é o direito em sentido próprio. O seu pensamento é muito claro e incontroverso. Mas é absolutamente errôneo, como uma reflexão atenta facilmente o demonstra. Não está nos limites do nosso estudo fazê-lo; mas o leitor interessado poderá ver uma irrespondível refutação dessa perigosa doutrina na excelente obra já citada de CATHREIN — *Recht, Naturrecht und positives Recht*, Freiburg, Herder, 1909, pg. 94 e segs. — Entre muitos outros, IHERING, fazendo-se eco dessa teoria, compara: ein Rechtssatz ohne Rechtswang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, das Licht, das nicht leuchtet. (*Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopt u. Härtel, 1893, 1^o. Bd., S. 322). Compreende-se que IHERING assim o pense, êle que ousa afirmar êste absurdo: *der Staat*

Duas porém são as espécies de coacção: a *externa*, a que repugna a vontade e elimina o mérito, e tais são as penalidades cominadas pelo legislador aos infractores da lei; e a *interna*, i. é, a defluente das exigências do fim voluntariamente proposto, e que se coaduna com o mérito (37).

O direito positivo dispõe de ambas: aquela para os maus cidadãos, esta para os bons. Os últimos, melhor dirigidos por *advertências*, de bom grado acatadas, do que pela coerção, não estão, a bem dizer, sujeitos à lei, *non sunt sub lege*; mas só os maus, *sed soli mali*. Pois, o coacto e o violento contrariam a vontade. Ora, a vontade dos bons, em opposição à rebeldia dos maus, já é de si submissa (38).

Cumprê porém não esquecer que ao legislador não é lícito cominar penas senão por *actos humanos externos*, respeitantes ao *bem comum*, e que, portanto, implicam a idéia de *justiça* — os únicos a lhe caírem sob a alçada (39).

die alleinige Quelle des Rechts ist (id. ib., 320). — Entre nós o Snr. PEDRO LESSA incidê no mesmo êrro quando, na sua pretendida definição do direito, defeituosa a tantos respeitos, afirma:.. “e que é necessário sejam garantidas pela fôrça coercitiva do Estado” (*Estudos de Philosophia do Direito*, Rio de Janeiro, 1912, pg. 62). Entretanto, muitos dos que assim pensam ficariam estarecidos (ilôgicamente!) diante de um truculento despotismo de Estado!..

(37) Cf. *S. Th.*, 2.2.58.3. ad 2^{um}. — LACHANCE, *L'idée du droit*, pg. 310.

(38) Cf. *S. Th.*, 1.2.95.1. ad 1^{um}.; id. ib., 96.5.c.: Alio vero modo dicitur aliquis subjectus legi sicut coactum cogenti. Et hoc modo homines virtuosi et justii non subduntur legi; sed soli mali. Quod enim est coactum et violentum est contrarium voluntati. Voluntas autem bonorum consonat legi, a qua malorum voluntas discordat. Et ideo, secundum hoc, boni non sunt sub lege; sed solum mali. — Prova clara que, para S. TOMÁS, a *coacção não é da essência do direito*; pois, se o fôsse, chegaríamos à conclusão absurda que os *bons*, a melhor parte da sociedade civil, *não têm nenhum direito* porque, dobrando-se docilmente ao jugo da lei, tornam de todo inútil o recurso à coerção penal!..

(39) Cf. *Ethic.*, V. 1. 2. — *S. Th.*, 1.2.100. 9. c.: Poena legis non infligitur nisi pro illis de quibus legislator potest judicare, quia ex judicio lex punit; homo autem qui est legis lator humanae, non habet judicare nisi de *exterioribus actibus*, quia homines vident ea quae parent. — Id. ib., 98. 1. c.: Legis humanae finis est temporalis tranquillitas civitatis; ad quem finem pervenit lex, cohibendo *exteriores actus*, quantum ad illa mala quae possunt perturbare pacificum statum civitatis. — Id. ib., 96. 3: Non de omnibus actibus omnium virtutum lex humana praecipit, sed solum de his qui *ordinabiles sunt ad bonum commune*. — Id. ib., 100. 2: lex humana non proponit praecepta nisi de *actibus justitiae*.

Mas S. TOMÁS daí não conclui, antecipando o êrro de TOMÁSIO, de KANT, FICHTE e inúmeros outros (40), serem os *actos externos* os que *essencialmente* diferenciam o direito, da moral. Já aduzimos muitos lugares das suas obras por onde o leitor poderá discernir-lhe o pensamento no atinente às relações entre o direito e a moral. Todavia, como esta matéria anda de ordinário envolta na caligem de tamanhas confusões, não serão demasiado esclarecimentos a mais.

O *direito*, já o vimos, é o *objecto da justiça*; *ius est objectum iustitiae* (41). E esta, em sentido próprio e estrito, é, segundo a define ULPIANO, *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Ora, sendo o objecto da justiça, o direito — tanto o natural, como o positivo, com que agora nos ocupamos, forçosamente se inclui na ordem moral, por ser a *justiça* uma *virtude moral*. Mas, não se identifica com a moral na *extensão* da sua *aplicabilidade*, porque respeita só a idéia de *meu e teu*: *suum cuique* (42).

(40) CRISTIANO TOMÁSIO (1655-1728), na sua obra *Fundamenta Juris naturae et gentium ex sensu communi deducta*, (1705), considera três princípios: o *justum*, o *decorum* e o *honestum*. No primeiro se funda o *direito natural*, cujo fim é garantir a paz da *ordem externa*; no segundo, a *política* cujo fim é realizar mediante a *benevolência* as exigências dessa paz; no terceiro, a *ética*, que visa alcançar a *paz interna* da alma. E' muito nítida a diferença, que implica, entre direito e moral. KANT define o direito: *Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.* (*Op. cit.*, *ib.*, B) O princípio geral do direito assim o concebe: *Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.* (*id. ib.*) C). Portanto só visa a *ordem externa*, o que K. expressamente o diz um pouco antes, na *Einleit.*, B. 1.º — Concepção semelhante se encontra em FICHTE (*Grundlage des Naturrechts*, S. W., Leipzig, Meyer, III, 52).

(41) Cf. *S. Th.*, 2.2.57.1, onde estão as provas desse assêrto.

(42) S. TOMÁS assim define o *seu*, de cada um: *dicitur esse suum alicuius, quod ad ipsum ordinatur.* *S. Th.*, 1.21.1, ad 3^{um}. E ainda *S. Th.*, 2.2.58.11: *dicitur esse suum unicuique personae, quod ei secundum proportionis aequalitatem debetur.* Concepção semelhante é a de KANT: *Das rechtliche mein (meum juris) ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, dass der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde.* (*Op. cit.* 1^o. Abschn. I, 1.).

Portanto, a *ordem jurídica* é apenas a *ordem da justiça*; ou, se preferirmos, a *ordem moral da justiça*. Tudo quanto não concerne à justiça não concerne ao direito; ao inverso, tudo o que concerne ao direito, seja sob que ângulo for, concerne necessariamente à justiça. Conceitos de *justiça* e *direito*, assim entendidos, *coincidem totalmente*; nenhuma relação de direito — natural ou positivo — é exclusiva da idéia de justiça, ou a ela estranha.

Ora, a justiça, supondo essencialmente *relações com outrem* — *semper est ad alterum*, pois ninguém pode se obrigar para consigo mesmo; e tendo por função realizar uma igualdade, dando a *cada um o seu*, implica por força actos *externos*, os únicos a serem considerados pelo legislador (43). Neste sentido é exacto dizer-se que o direito é a parte da moral, cujo objecto são esses actos. Mas não é essa uma *característica essencial*, senão apenas *accidental*, do direito. Ora, como nada se define pelo *accidental*, senão pelo *essencial*, querendo distinguir o direito, da moral, com tal critério acabaríamos confundindo o domínio de ambos. Pois, muitos actos externos, relações de homem para homem, escapam à alçada da justiça e do direito, embora não à do moral. Assim, pecaria contra a moral, não porém contra o direito positivo, aquele que, p. ex., praticasse actos de ingratidão para com quem tivesse o dever do reconhecimento.

Sendo, pois, o direito, *ius*, o objecto de justiça, *iustitia*, há triplíce relação jurídica, que ao legislador cumpre considerar, fundada na triplíce relação de justiça: a *justiça commutativa*, a *legal* ou *social* e a *distributiva* (44).

(43) *S. Th.*, 2.2.58.2 — V. em LACHANCE, *op. cit.*, ótima explanação do assunto: pgs. 217-222; pgs. 256-288, e os inúmeros textos aí aduzidos. A diceologia de S. TOMÁS é fundada, como é fácil verificar, na de ARISTÓTELES; e desta disse com admiração BEROLZHEIMER: *Die Dikäologie des Aristoteles ist seine unsterbliche Meistertat (System der Rechts — u. Wirtschaftsphilosophie*, II, 93, apud CATHREIN, *op. cit.*, 47).

(44) É a clássica e perfeita divisão da justiça formulada por ARISTÓTELES em *Ethic. Nic.*, 5.3.

A *justiça comutativa* é a justiça no sentido rigoroso e próprio, tal como ULPIANO a define; supõe relação de igualdade entre particulares. A *justiça legal*, também denominada *comum, geral* ou, modernamente, *social*, é a reguladora das relações entre os membros da comunidade civil e o Estado, expressão política dessa comunidade. Chama-se *legal* porque a lei positiva determina os encargos de cada cidadão, em vista do bem comum. A justiça *distributiva*, ao contrário, rege as relações entre a comunidade, ou o Estado por ela, e cada um dos seus membros; confere o direito a certas vantagens, como retribuição do Estado pelos encargos impostos em nome da justiça legal; é uma *distribuição de recompensas*.

Ora, nem na justiça distributiva nem na legal a relação é de estrita igualdade, como na comutativa. Realizam pois a justiça, e portanto o direito, num sentido *derivado* e constituem o *direito público*; ao passo que a justiça comutativa constitui o *direito privado*, o direito no sentido próprio e rigoroso: *nomen ius prius impositum est ad significandum rem iustam* (45).

Seja porém qual for o sentido em que consideremos o direito, e portanto a justiça, de que êle é o objecto, a idéia de direito supõe a de *lei*: a *lei* é a *causa* do *direito*. E' o modernamente chamado *direito objectivo, norma agendi*, em opposição ao *direito subjectivo, facultas agendi*, derivada da norma ou da lei (46).

(45) Cf. *S. Th.*, 2.2.57.1 ad 1^{um}. — CATHREIN, *op. cit.*, pgs. 74-75.

(46) A terminologia que distingue a *lei, norma agendi, do direito, facultas agendi*, embora corrente, é susceptível de crítica. Pois, como muito bem adverte CATHREIN (*op. cit.* 60), já o direito no sentido de *seu* ("isto é meu", "é meu direito") é um verdadeiro *direito objectivo*. Além disso, essa divisão, puramente *analógica*, leva à confusão entre *direito* e *moral*; os juristas modernos entretanto, tão ciosos de os manter separados, chegam até, como KANT e muitos outros, a estabelecer compartimentos estanques entre aquele e esta! Pois, na verdade, quem não compreende que *facultas agendi*, expressão de todo indeterminada, pode se aplicar tanto a actos *jurídicos* como a actos *morais*? E a evasiva, que a refere apenas a actos de *justiça*, se enreda num *circulo*: especifica o direito pela justiça e a justiça pelo direito!... (Cf. LAHANCE, *op. cit.* 410). Quanto mais preciso e luminoso é o pensamento de S. TOMÁS: o

Embora, pois, a lei, pròpriamente falando, não seja o direito — *lex non est ipsum jus, proprie loquendo*, podemos contudo dizer que encerra uma certa noção dêle, *aliqualis ratio juris*; é o direito, embora em acepção secundária e menos própria, pois o estatui, *lex statuit ius* (47).

O direito mantém assim dupla relação: com a justiça, da qual é o *objecto*; e com a lei da qual é o *efeito*. A fórmula seguinte exprime perfeitamente o pensamento de S. TOMÁS: a lei causa o direito por intermédio da justiça (48).

E somos assim naturalmente levados à questão da *essência da lei*, tão profundamente versada por S. TOMÁS. Mas

direito, objecto da *justiça*, supõe a *lei* que o causa — *sicut se habent artificiatà ad artem, ita se habent opera justa ad legem cui concordant* (S. Th., 1.21.2.c.). Por isso, mui advertidamente, S. TOMÁS nunca emprega a palavra *ius*, direito, no chamado sentido *subjectivo*, para designar *facultas*; mas prefere os termos *licitum* (*de lex*), *potestas*. Por ex., referindo-se à *propriedade privada*: unum est potestas procurandi et dispensandi. Et, quantum ad hoc, *licitum* est quod homo propria possideat (S. Th., 2.2.66.2 — cf. *ib.* 64.7; *Sent.* 3. d. 37. q. 1. a. 4 etc.). Porque bem sabe ser o sentido *objectivo* o *primário* e *próprio* do direito; e nem mesmo pensa em considerar como *derivado*, o sentido *subjectivo*, quando escreve (S. Th., 1.2.57. ad 1^{um}): hoc nomen *ius* primo impositum est ad significandam ipsam rem iustam; postmodum.. ad artem, qua cognoscitur quid sit justum; et ulterius ad significandum locus in quo *ius* reditur... et ulterius, dicitur etiam *ius* quod reditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit sit iniquum. — Estas últimas palavras, como todo o contexto, mostram que S. TOMÁS tinha em mente o frgm. de PAULO no Digesto (1.1.11); e seria a ocasião azada a considerar também o direito como *facultas*... (Cf. LOTIN, *Le Droit Naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*, ed. cit., 97. n. 1). Tem, pois, toda razão LACHANCE quando afirma (op. cit. 414): *S. Thomas n'a donné nulle part cette division du droit en objectif et subjectif comme fondamentale, et pour cause. Car pour peu que l'on réfléchisse, l'on voit que cette division "per prius et posterius" est plutôt une "opposition relative" qu'une division*. Essa terminologia imprópria foi posta em circulação no sec. XVI, por Suarez, que no seu justamente famoso tratado *De legibus* escreve (l. I, cap. 2. n. 4): *Et juxta posteriorem et strictam juris significationem solet proprie jus vocari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet circa rem suam, vel ad rem sibi debitam. Quanto às razões históricas explicativas dessa concepção, e à sua influência, v. LACHANCE, op. cit., pgs. 401 e segs., onde também se lerá (até pg. 417) ótima crítica da mesma.*

(47) S. Th., 1.2.57.1 ad 2^{um}; *Id.*, 2.2.80.a.u.c.: *debitum legale est ad quod reddendum aliquis lege adstringitur.* — Cf. LACHANCE, op. cit. pg. 227.

(48) LACHANCE, op. cit. pg. 220.

antes queremos fazer triplice aplicação da doutrina exposta: ao *direito de propriedade*, ao *casamento monogâmico* e à *escravidão*. Os princípios tomistas ficarão dêsse modo porventura mais em evidência.

a) *A propriedade privada*. — A leitura menos atenta de alguns lugares isolados da obra de S. TOMÁS poderia conduzir à conclusão, que êle não admite a propriedade privada dos bens materiais como instituição de direito natural. Mas um exame aprofundado levará ao contrário.

Em síntese, a questão pode resolver-se do modo seguinte. Consideradas as cousas materiais em si mesmas e absolutamente, na própria essência delas, não sendo criação nem feitura do homem e, portanto, não mantendo com êle qualquer *adequação natural*, nenhuma razão há de pertencerem antes a um que a outro. Que direito assiste a um, com exclusão de outro, de se apropriar de um campo e dizer: *é meu?* Debaixo desta razão, pois, não podemos considerar de direito natural a propriedade privada dos bens dêste mundo: *secundum ius naturale non est distinctio possessionum*. Todos têm, indistintamente, direito ao *uso* dêles; a *comunidade dos bens* é a postulada pelo direito natural. Aquele, pois, que, em iminente perigo de vida, se apoderasse manifesta ou ocultamente de cousas alheias, como supremo e único meio de salvação, não cometeria furto nem roubo — *nec hoc proprie habet rationem furti vel rapinae*. A necessidade constitui nosso o de que nos apropriamos para manutenção da vida. E nisso o homem procede como qual quer *animal irracional*. Ora, é precisamente a comunidade de natureza, que o assimila ao bruto, o fundamento do direito natural, — *quod natura omnia animalia docuit*. E S. TOMÁS conclui: quanto ao *uso* das cousas exteriores o homem não nas deve possuir como *próprias*, mas, como *comuns*: *non debet homo habere res exteriores ut proprias, sed ut communes* (49).

(49) Tudo o que fica afirmado se funda nos lugares seguintes, conforme a ordem da exposição supra: *S. Th.*, 2.2.66.1.c.: 2.2.57.3.c.; 2.2.66.2.c. e ad 1^{um}., ad 2^{um}.; *Polit.* II lect 4 e 6; *S. Th.*, 2.2.66.7.c. e ad 1^{um}.; 2.2.66.2.c.

Mas, adverte, a comunidade de bens o direito natural a institui antes de modo *negativo*, que positivamente: não dita que tudo deva ser possuído em comum e nada em particular; mas, não introduzindo *discriminações* de propriedades, deixa-as ao uso comum. A comunidade de bens é natural, no mesmo sentido em que dizemos ser o homem nu, por natureza, porque esta não instituiu o vestuário, invento da civilização e da arte. É natural ainda, como o é a *liberdade*: a natureza não consagrou a *escravidão*, contrária à liberdade, nem a *propriedade particular*, contrária à comunidade de bens.

A propriedade privada não é, assim, *contrária ao direito natural* — *non est contra ius naturale*; mas, não tendo sido instituída por êle, só o pode ter sido pelo *direito positivo* — *secundum humanum conductum, quod pertinet ad ius positivum*. Só êste justifica o poder de *aquisição* e de *disposição*, que o homem tem sôbre as cousas materiais. Pois, considerado um campo em si mesmo, não há razão para ser propriedade de um, com exclusão de outro; mas, quanto à *oportunidade de cultivá-lo* e ao seu *uso* pacífico, haverá uma certa razão proporcional de pertencer à êste e não àquele — *secundum hoc habet quamdam commensurationem ad hoc quod sit unius et non alterius*. E é função do direito positivo — *per adinventionem rationis humanae* — estabelecer essa *commensuratio*, verdadeiro *acrêscimo* feito ao direito natural — *iuri naturali superadditur* (50). Ilustração ao que já dissemos, quando, tratando do direito natural, explicámos como S. TOMÁS, com admirável senso da realidade, admite-lhe variações já por subtração, já por *acrêscimo*. Êste último é comparável, em relação à lei natural, ao *vestuário*, em relação à nudez primitiva.

Quando porém S. TOMÁS se refere à propriedade privada como instituição da convenção humana — *humanum conductum*, i.é. do direito positivo, não é o *direito civil*, no sentido do direito romano, que tem em vista, mas o *direito*

(50) S. Th., 1.2.94.5. ad 3^{um}; 2.2.66.2.c.; 2.2.57.3.c.

das gentes, ius gentium, na acepção de GAIO. Pois, conforme já elucidámos, considera o *ius gentium* e o *ius civile* subdivisões do *ius positivum* (51).

Ora, o *ius gentium* se diferencia do *ius naturale*, segundo vimos, por ser êste, na expressão do jurisconsulto romano, aceita por S. TOMÁS, *omnibus animalibus commune*; e aquele *solis hominibus inter se*. O *ius gentium* é, como também já o sabemos, o direito natural *especificamente* humano: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, diz GAIO.

Ora, para S. TOMÁS o direito das gentes, conforme deixámos explanado, deriva por umas *quasi conclusões*, do do direito natural. Isto é, por via de comparação, cousa de que o animal é incapaz. Por onde, a *propriedade privada, ius procurandi et dispensandi*, e não a comunidade de bens, é que é de direito *positivo*, embora imediatamente, de direito natural. Nem há mister qualquer especial instituição do legislador, *non indiget aliqua speciale institutione*, porque as instituições do direito das gentes, *ea quae sunt iuris gentium*, é a própria razão natural que as dita — *ipsa naturalis ratio ea instituit* (52). Lesam, portanto, um direito natural humano tôdas as legislações que suprimem a propriedade privada.

Mas isto não impede consideremos as cousas materiais como de certo modo, de *uso comum* — *quod fiant communes aliquo modo quantum ad usum*. O exemplo da extrema necessidade, supra aduzido, bem o fará compreender. Determinar outros casos semelhantes pertence à providência do bom legislador — *hoc pertinet ad providentiam boni legislatoris* (53).

(51) S. Th., 1.2.95.4.c.: *dividitur ius positivum in ius gentium et ius civile, secundum duos modos quibus aliquid derivatur a lege naturae.*

(52) S. Th., 2. 2.57.3 ad 3^{um}.

(53) Cf. S. Th., III.^o Suppl. 65.1. ad 4^{um}. Polit., 4 — Cf. sobre tôda esta matéria: LOTTIN, *Loi morale* etc., ed. cit. pg. 27 2; id., *Le Droit Naturel* etc., ed. cit., pg. 89 n. 4; VALENSIN, *op. cit.*, II, pgs. 45, 57; CATHREIN, *Moralphilosophie*, ed. cit., II, pg. 325. Id., *Phil. Moralís*, ed. cit., pg. 315; CARLYLE, *op. cit.*, V, pg. 17 e segs. DEPLOIGE, *op. cit.*, 355-8. Adverte DEPLOIGE muito a propósito que

b) *A organização da família.* — O matrimónio dará lugar a uma segunda aplicação da teoria tomista do direito natural. Duas questões relativas a êle se impõem ao nosso exame: se é de direito natural; se deve ser monogâmico, poliândrico ou poligínico.

O matrimónio é, antes de tudo, de direito natural, *strictissimo modo*, no sentido de ULPIANO — *quod omnia animalia docuit* (54). Mas além disso, no sentido pleno da expressão, é de direito natural *humano*, pois, se o homem é um animal político, mais verdadeiramente ainda poderíamos denominá-lo *animal conjugal* (55). A sociedade doméstica é a primeira onde se encontra, e é por isso anterior à sociedade civil, e mais necessária que esta (56).

Mas como, no sentido humano, *lex naturalis est aliquid per rationem constitutum* (57), e o homem tem uma inclinação natural a proceder racionalmente — *naturalis inclinatio cuilibet homini ad hoc quod agat secundum rationem* (58), conforme já vimos, busca a sociedade conjugal, não sòmente por um acto instintivo, mas ainda reflectido. E a

na sua preferênciã pela propriedade privada. ao comunismo dos bens, ce qui est essentiel à retenir, c'est d'abord que saint THOMAS ne se prononce en faveur d'un régime économique qu'à raison de ses avantages sociaux, et c'est ensuite qu'il demande la preuve de ces avantages à la *méthode d'observation* (grifo meu). — Boa refutação do comunismo de bens, em *Politic.*, II lect. 2, 3; lect. 4.

(54) *Polit.* I, 1: Invenitur aliquid in homine quod est commune ei et aliis et huius est generare. Hoc competit ei secundum rationem communem sibi et animalibus et etiam plantis. — *S. Th.*, III^o Suppl., 67.1: Coniunctio maris et feminae dicitur esse de iure naturali, quia natura hoc animalia docuit. — E' a segunda das inclinações naturais ao homem, a que visa a conservação da espécie: Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia secundum naturam, in qua communicat cum caeteris animalibus; et secundum hoc dicuntur ea esse de lege naturali quae natura omnia animalia docuit, ut est comixtio maris et feminae et educatio liberorum et similia. — *S. Th.*, 1.2.94.2 — Cf. ainda: *Id.* 3^o. sup. 65.1; *Ethic.* VIII, 12; Sent. IV, d. 33.9.1.a.1.

(55) *Ethic.*, VIII, 12: Homo est animal naturaliter politicum; et multo magis est in natura hominis quod sit animal conjugale.

(56) *Id. ib.*: societas domestica est prior quam societas civilis. Est etiam magis necessaria quia societas domestica ordinatur ad actus necessarios vitae, scilicet generationem et nutritionem.

(57) *S. Th.*, 1.2.94.1.

(58) *Id. ib.*, 94.3.

esta luz o matrimónio é de direito natural humano: *et hoc modo matrimonium est naturale quia ratio naturalis ad ipsum inclinatur* (59). Inclinação *específica* da natureza humana, distinta assim da primeira, puramente animal e *genérica* (60).

Tem duplo fim: um principal — a procriação e a educação, o bem da prole, *educatio, bonum prolis*; outro secundário — a sociedade conjugal, *virum ad mulierem associatio* (61). Procriação, educação dos filhos, sociedade conjugal — tal a tríplice finalidade imposta pela natureza ao matrimónio. A primeira, totalmente comum ao homem e aos animais; a segunda, enquanto *criação*, também participa dessa comunidade; mas já como *educação* é, com a terceira, especificamente humana (62).

Constituído, deve ser monogâmico ou poligâmico? A solução da segunda questão nos levará à da primeira.

A poligamia pode apresentar-se como *poliandria* ou como *poliginia*. Colidem com o direito natural?

Quanto à *poliginia, pluralitas uxorum*, nem totalmente suprime, nem mesmo de certo modo impede o fim primário do matrimónio; pois, tanto a procriação como a educação dos filhos ficam asseguradas. Mas, embora não elimine de todo, dificulta a consecução do fim secundário; pois, fácil é

(59) *Id.* 3^o. sup. 41.1.c.

(60) *Id. ib.*, ad 1^{um}.

(61) *Id. ib. c.* — *Ethic.* VIII, 12: *amicitia conjugalis in hominibus non solum est naturalis sicut in aliis animalibus, utpote ordinata ad opus naturae quod est generatio, sed etiam est economica, utpote ordinata ad sufficientiam vitae domesticae.* — *S. Th.*, 3^o. sup. 41.1.c.: *matrimonium est naturale. primo quantum ad principalem eius finem, qui est bonum prolis. Non enim intendit natura solum generationem prolis, sed etiam traductionem et promotionem usque ad perfectum statum hominis in quantum est homo, qui est virtutis status. secundo, quantum ad secundarium finem matrimonii, qui est mutuum obsequium sibi a conjugibus in rebus domesticis impensis.* — *Cf. Id., ib.*, 61.1 e 65.1; *Ib.*, 49.21; *In prole non solum intelligitur procreatio prolis, sed etiam educatio ipsius.*, *ib.* 59.2 — *Id.* 1.98.1.

(62) *S. Th.*, 3^o. sup. 65.1: *Matrimonium habet pro fine secundario in hominibus solis communicationem operum quae sunt necessaria in vita.* — *Cf. Ethic.* VIII, 12.

compreender quão gravemente compromete a existência da sociedade conjugal.

Por onde, não colide, de *modo absoluto*, com as exigências da lei natural. Isto é, a poliginia não contraria os preceitos primários, *prima praecepta*, da lei natural ou direito natural; mas encontra os preceitos secundários, *praecepta secunda*, que são umas quasi conclusões derivadas dos primeiros. Mas, como os actos humanos, e portanto o direito, nos seus preceitos secundários, são contingentes, variam conforme as diversas condições de pessoas, tempos e outras circunstâncias, essas quasi conclusões não têm eficácia *sempre*, mas na *maior parte* dos casos — *non procedunt ut semper efficaciam habentes, sed in majori parte*. Porque assim é a ciência moral — *talis est enim tota materia moralis*. A poliginia poderia, pois, em casos excepcionais, ser permitida por direito divino, do que as Escrituras nos oferecem exemplos. Pois, sendo o fim primário do casamento a multiplicação da prole, a êsse fica subordinado o secundário — a sociedade conjugal. Mas nada disto se daria, se a poliginia colidisse com os preceitos primários da lei natural.

Ora, tal é o caso da *poliandria*, contrária aos *princípios primários* do direito natural. Porque, de um lado, compromete gravemente um dos fins primários do casamento — *bonum prolis*, embora não suprima totalmente a procriação, nem comprometa o fim secundário. Pois, acarretando a incerteza da paternidade, tornaria impossível o cumprimento do iniludível dever da educação dos filhos. E S. TOMÁS conclui pela proibição absoluta da poliandria: *et ideo nulla lege aut consuetudine est permissum unam uxorem habere plures viros* (63). Porque, se a lei natural não prescreve a

(63) *Sent. IV, d. 33. q. 1. a 1 in c. e ad 8^{um} ; a. 2. Sent IV. d. 33. q. 1. a 1 in c. e ad 8^{um}.; a. 2 c., e ad 1^{um} e ad 2^{um}. — Cf. ainda: C. G. 3.123 e 124; S. Th., 3.^a supl. 65. 1 c. e ad 8^{um}., art. 2 e ad 4^{um}.; Id., 1.2.105.4 ad 8^{um}.; C. G., 3.123; *super primam epistolam S. Pauli Apostoli ad Corinthios expositio*, 8.1. LOTIN, *Le Droit Naturel*, ed. cit., pgs. 75, 76, 84, 85, 92; Id., *La loi morale naturelle*, ed. cit., pg. 38 n. 2; DEPLOIGE, *op. cit.*, pg. 361 e segs.; DEPLOIGE, *S. Thomas et la famille*, in *Annales de l'Institut Supérieur de Philosophie*, Louvain, 1924, t. V. pgs. 699 e segs.*

prática de todos os actos virtuosos, proíbe todos os actos maus: *praecepto legis naturalis prohibentur ea quae sunt secundum se mala* (64). Só o casamento monogâmico é, portanto, a forma a satisfazer inteiramente às exigências tanto dos preceitos primários como dos secundários do direito natural.

c) *A escravidão* — Como do direito de propriedade, podemos dizer que a liberdade é de direito natural, porque o contrário — a escravidão, não o é. Pela razão natural ninguém é, particularmente, destinado a escravo (65). Não é, pois, a escravidão instituída por direito natural. Foi porém introduzida *solum secundum aliquam utilitatem consequentem*. Sendo assim, pertence ao *ius gentium* no sentido de GAIO, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. É *natural*, ao modo por que consideramos uma cousa proporcionada a outra *relativamente*, por uma *conseqüência* dela decorrente (66). Mas, certos, como os prisioneiros de guerra podem vir a ser escravos em virtude de uma lei *positiva*; e como *hoc jure quasi omnes gentes utuntur*, e se chama por isso *ius gentium*, conclui S. TOMÁS que a escravidão é um instituto do *direito das gentes*; tomada aqui a expressão antes no sentido que lhe deu Isidoro de Sevilha, e que se aproxima do moderno direito internacional público (67).

(64) *Sent.* IV, d. 15. q. 3. a. 1 sol. 4.

(65) *S. Th.* 1.2.95.4 ad 3^{um}.; *Id.*, 2.2.57.3 ad 2^{um}. — E' verdade que em *Pol.* I, 3 e 4, S. TOMÁS sustenta que certos, *per aptitudinem naturalem* são *naturaliter servi*. Mas, como isso contradiz abertamente a *Summa*, não poderíamos admitir senão que, comentando o pensamento de ARISTÓTELES, nêsse lugar, S. TOMÁS apenas o expõe objectivamente, sem lhe dar adesão.

(66) *S. Th.*, 2.2.57.3 e ad 2^{um}. — Cf. LOTTIN, *Droit Nat.*, 89, n. 4.

(67) *Pol.* I, 4. — Cf. LOTTIN, *Droit Nat.* pg. 89, n. 4. O pensamento de S. TOMÁS se complica ainda quando diz (*Sent* 4. d. 36. q. 1. a. 1.) que a escravidão é *contra primam intentionem naturae*, i. é, contra os princípios primários da lei natural, mas não contra os secundários, *sed non contra secundam*. (Sobre essa expressão — *intentio*, v. LOTTIN, op. cit. pg. 77 n. 4). E a considera pena do pecado — *servitus in poenam peccati introducta est*, (ad-

Esses três exemplos — da propriedade, do matrimónio e da escravidão, põem assim em evidência o pensamento tomista sôbre a noção, a divisão e a imutabilidade do direito natural. Resta agora examinemos a noção de *lei*, objecto de estudo subsequente.

2^{um}.), *determinada* pelo direito positivo (civil). Sob êsse ângulo, pois, é do domínio dêste ramo do direito privado: *determinare poenam. . . est juris positivi; et ideo servitus, quae est quaedam poena determinata, est de jure positivo, et a naturali profiscicitur, sicut determinatum ab indeterminato* (ad 3^{um}.). — Como se vê, é flutuante o pensamento de S. TOMÁS, e julgamos que CARLYLE tem razão, quando escreve: “it is not very easy to arrive at a confident judgement with regard to the whole of St. Thoma’s position as regards slavery” (op. cit. V, 23).

Do Contrato Estimatório

(Notas para um estudo)

S. Soares de Faria

1 — JOAHNNIS VOET, no seu comentário *Ad Pandectas*, assim define o contrato estimatório: “Contractus aestimatorius est innominatus, bonae fidei, quo, res alteri aestimata vendita traditur, ea lege, ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restitatur” (1).

Na definição apresentada, além de definir o contrato, o notavel pandectista faz a sua qualificação, filiando-o à espécie a que pertence.

DERNBURG e outros pandectistas limitam-se à pura caracterização: é um negócio pelo qual é entregue uma coisa a um revendedor para que a venda, com o pacto de restituir ou a própria coisa ou o preço de estima convencional. Die ist ein Geschäft, bei welchem dem Trödler eine Sache zum Verhandeln unter der Vereinbarung übergeben wird, dass er entweder die Sache oder einem bestimmten Schätzungspreis zurückgebe”. Ou ainda “Beim Trödelvertrag übergibt man eine Sache dem Trödler zum verkaufe unter einer Taxe mit der Vereinbarung, dass er di Sache oder die Taxsumme zürückerstatte” (3).

LEONARD diz que, no contrato estimatório, se consigna uma coisa estimada, com a autorização de vendê-la, por

(1) Lib. XIX, III, vol. III, 190.

(2) Römisches Recht, vol. II, § 263, pg. 550.

(3) Id. id. § 377, pg. 803.

meio da qual o que a recebe consegue o direito de adquirí-la para si pelo preço estimado — *Verkaufermächtigung, bei welcher der Empfänger Selbstkaufrecht zum Schätzenspreise erhält.*

Para MAYNS, esse contrato se forma “quand je remets à un autre une chose qu’il la vende et m’en procure un prix déterminé, ou bien qu’il me restitue au cas qu’il ne la vende pas (5).

Confrontando-se as diversas noções que nos ministram autorizados romanistas, desume-se o esforço empregado para traduzir em forma eclética a marcante concisão latina (6).

PEROZZI inclue na definição a questão da propriedade da cousa entregue, salientando que o tradente não se despojou do domínio. “Se alcuno ad altri una cosa stimata perchè la venda a che prezzo vuole, a patto da renda il prezzo di stima o, se non l’ha venduta, renda la cosa, delle quale il tradente ha conservato il dominio (7).

RONGA também o define: è quel contratto per cui taluno dà ad un altro una cosa affinché la venda ad un prezzo determinato, coll’obbligo di restituere la cosa stessa al tradente o di pagargli quel prezzo (8).

THALLER, em estudo a propósito da convenção *d’aestimatum*, depois de considera-la como sendo um contrato que o Eidto escolheu como tipo, assim descreve o mecanismo da operação correspondente: “En quoi consiste l’opération? *Res aestimata vendenda datur.* Celui qui la reçoit compte la vendre. Mais il se peut qu’aucun acquéreur ne se présente, qu’il n’arrive pas à s’en défaire. *Ipsam rem debit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua venit.* Le contrat laisse donc au preneur de la marchand-

(4) Enciclopedia de PAOLY e WISSWOA, verb *aestimatus contractus*. MACKELDEY — C. D. Romano, Lend. e Ricci, § 198; BONFANTE, *Istituzioni*, § 167; SERAFINI, *Istituzioni*, GIRARD, *Manuel de Droit Romaine*, pg. 593.

(5) *Cours*, II, § 244, p. 343.

(6) BONFANTI.

(7) *Istituzioni*, II, § 178.

(8) *Istituzioni*, II, § 176.

se, dans un délai tantôt préfixé et tantôt laissé à bonne foi des parties, l'alternative entre la restitution de l'objet ou le paiement d'une somme convenue que nous appellerons, pour tout simplifier, un prix" (9).

2 — E' de tradição afirmar-se que os Romanos não tinham predileção pelo comércio, que o destestavam, julgando indignos os que ao tráfico mercantil consagravam a sua actividade. E' conhecida a sentença de CÍCERO; "nihil ingenuum potest habere officina, nolo eumdum populum imperatorem esse terrae ac portilorem", como também a apóstrofe de Vergílio, no livro VI da Eneida:

Excudent alii spirantia molli. aera, etc.
Tu regere imperio populus, Romane, memento,
Hae tibi erunt Artes

Mas, si julgaram o comércio uma profissão inferior, não desdenharam os lucros que êle proporciona; não o faziam por si, mas entregavam-se às especulações por intermédio de seus escravos e de seus libertos. Desse costume é que surgiram as ações *institória* e *exercitória*, tão conhecidas, bem como o instituto da representação, e os demais institutos que nos herdaram.

Entre êles, encontramos o contrato estimatório, que surgiu em Roma, na afirmação de COSTA "non appena assusero in Roma largo sviluppo i commerci e vi si avanzó il costume dei grandi commercianti di affidare ad altre a vendere al minuto parte delle mercanzie raccolta nei loro magazzino.

Uns situam o aparecimento do contrato já no 6.º século de Roma, com fundamento no testemunho de PLAUTO.

Lucrum ingens factó, praeterquam mihi meus pater
Debit *aestimatas merceis*: ita peculium
Conficio grande (10).

(9) MÉLANGES Ch. Appleton, pg. 645.

(10) MERCATOR, 1, 1, 94-96.

Mas, provavelmente, só se delineou no ocaso da República ou nos albores do Império. E' o que sustentam DE MEDIO e COSTA, secundados por BERTOLINI.

3 — Os elementos para a definição do contrato fornecem-nos ULPIANO no fr. 1, § 1, Dig. 19.3, que trasladamos:

“Aestimatio autem periculum facil enim, qui suscipit; aut igitur *ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit*, bem como nesta passagem do fr. 13, Dig. 19.5: “*Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem ut quo pluris vendidisses, tibi haberes.*”

Com eles podemos apresentar uma definição que BONFANTE julga ser a que mais se aproxima desses fragmentos, numa fórmula breve e concisa: “*il tradens deposita presso l'accipiens una cosa stimata per la vendita, col patto che costui renda o la stima o la cosa*”.

Verdade é que algumas definições, com fundamento no fr. 17, § 1, Dig. 19.5, se referem também ao preço — *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi afferres, aut prestium eorum* — como PAULO já nas suas sentenças referida — *si rem aestimata tibi debero ut, ea distracta, pretium ad me differes* — *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si plures quod excedit, tu haberes* (11).

Para COVIELLO, nestes últimos casos, não ha, na realidade, um contrato estimatório, que este se caracteriza pela obrigação em que fica o *accipiens* de restituir a cousa ou a estimação “*redderes rem aut aestimationem*”, ma piuttosto *un mandatum* de vendendo accompagnato da deposito della *cosa stimata*.

O que caracteriza o contrato é a estima, sendo a *aestimatio*, no dizer de BOLAFFIO, a contraprestação da cousa não restituída. A referência ao preço, desde que este não coincida com a estima, previamente convencionada, desvirtua o contrato, rompendo a sua euritimia.

(11) fr. 17, § 1, Dig. 19.5.

Porque da sua essência é a alternativa que se contém nos primeiros textos de ULPIANO. E' ela quem lhe traça a fisionomia e marca a individualidade.

4 — Do que acabamos de expor, examinando-se os elementos compendiados nas definições apresentadas, verifica-se que delas emergem as notas essenciais do contrato, assim relacionadas por BERTOLINI:

1 — Entrega da coisa para ser vendida — (rem vendendum) (12).

2 — Avaliação da coisa entregue (certo pretio) (13).

3 — Obrigação alternativa para o *accipiens* de pagar o preço predeterminado ou restituir a coisa (ut aut eadem mihi adferres aut pretium) (14).

4 — Direito do *accipiens* de reter a diferença entre a *aestimatio* e o preço da venda. (ut, quo plures vendidisses tibi haberes) (15).

Para BRINS quatro são, também, as notas essenciais deste contrato,

- 1) die Hingabe zum Verkaufe
- 2) die Feststellung eines Auschlages (*aestimatio*)
- 3) die Alternativität der Verpflichtung zwischen der Zahlung der Auschlages und der Rückgabe der Ware
- 4) das Recht der Empfängers auf den Mehrerlös (16).

(12) L. 13. pr. D. de praescr. verbis, 19.5.

(13) Idem.

(14) L. 17, § 1, D. h. t.

(15) L. 13, p. D. de praescr. verbis, 19.5.

(16) Frans Lipp — Beitrag zur Lehre vom Trödel contrat, p. 10.

5 — Autores existem que não julgam essencial a primeira nota característica, reduzindo-a à entrega pura e simples. Mas tal redução vai de encontro às expressões que as fontes consignam. Nelas se encontram a palavra *res* qualificada, e o fim da entrega esclarecido — *vendenda, ut distracta*. A entrega tem um fim desejado pelos contraentes, que não miram simples guarda ou depósito: a venda e, na sua falta, a restituição.

Não se concebe o contrato sem a estima prévia do valor da coisa entregue, porque esta lhe é base e fundamento, no dizer de BERTOLINI. Basta verificar os textos fundamentais

rem aestimatam — PAULO, 2.4.4

res aestimata vendenda datur — L. I. D. de aestimatoria, 19.3

aut aestimationem de qua convenit — L. I. D. de est., 19.3

si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, sed sibi certum pretium excepit — L. 17, § 17, § 1, D. de praescr. verbis, 19.5

Si o preço não é marcado, não ha prévia estima, não ha o contrato especializado, o que acontece mesmo quando se dispuzesse que a coisa entregue deveria ser vendida pelo maior preço que alcançasse. “Il tradens, sustenta BERTOLINI, vuole realizzare un certo valore della cosa sua e perciò la dà da vendere ad un altro, il quale la riceve con tale intendimento e conforme volontà. Non vale certo opporre, come si è fatto, che un *aestimatio*, si presenta o può presentarsi in altri contratti; mentre poi è errato dire, come pure fu fatto, che il contratto stimatorio sussisterebbe anche quando si patutisse che l'accipiente dovesse vendere la cosa al maggior prezzo possibile” (17).

Houve ainda quem duvidasse do terceiro requisito, sustentando que deixaria de haver a alternativa, si o *accipiens*

(17) op. cit. § 15.

pagasse o preço no ato de recebê-la. Mas nesse caso, não haveria tão pouco o contrato estimatorio. Porque o accipiente, pagando o preço, adquire desde logo a propriedade da cousa, não passando a transação de uma venda pura e simples.

DE MÉDIO julga ainda que o último requisito não é essencial e BERTOLINI não põe dúvida em acompanhá-lo, não porque não reconheça no accipiente o direito de reter a diferença, si houver, porque esse direito é certamente seguro e incontestavel, mas porque se trata de uma consequência dos limites dentro dos quais se circunscreve a obrigação do accipiente de pagar a *aestimatio* ou restituir o objecto. “Ma, badiamo bene, observa o romanista, non alla cosa in sè, che il diritto dell'*accipiens* all'eventuale accedenza sulla *aestimatio* è certamente sicuro ed incontestabile: bensi alla cosa come elemento essenziale o requisito del negozio; mentre non trattarsi che di una consequenza dei limiti dentro cui è circoscritta l'obbligazione sudetta dell'accipiente (prestare l'*aestimatio* o rendere l'oggetto).

6 — O contrato estimatorio apresenta grande afinidade com vários contratos nominados. Por força da estima, muito se assemelha à venda; em razão do serviço prestado, pôde ser considerado como locação, ou como mandato. E ainda era possível divisar-se nele uma espécie de sociedade (18). Será um contrato autónomo?

Daí o ter surgido, entre os antigos jurisconsultos, grande disputa em relação à ação a ser concedida para a sua execução.

DE MÉDIO assinala a controvérsia como um ponto de especial importância, mas termina por considerá-lo, consoante a opinião generalizada um contrato autónomo. O contrato é, na realidade, diferente dos outros em muitos passos (19).

Não é venda, porque aquele que recebe uma cousa estimada para vender, não é obrigado a pagar um preço e

(18) VINNIO, op. cit.

(19) VINNIO, op. cit.

póde, si quizer, restituir a cousa, si não a vender (20). Na venda pura e simples, não é possível pensar seriamente. Basta pensar na possibilidade da restituição da cousa. No contrato estimatório, a alternativa: a cousa ou a estima. Na venda o pagamento do preço.

Quando recebe a cousa para vender, não tem em mente o *accipiens* adquiri-la, pondo a mira tão sómente em obter um lucro, vendendo-a por um preço maior que o estimado. E' verdade que lhe é facultado ficar com a cousa, pagando a *aestimatio*. Mas não é o caso comum. Além do que, observa DE MÉDIO, trata-se de uma intenção posterior à conclusão do contrato ou subsidiária si dela contemporânea.

THALLER sustenta que se trata de uma venda, mas de uma venda e compra condicionada, embora julgue a questão embaraçante "par ce que, d'une part, la livraison immédiate de la marchandise au preneur suggère la pensée d'une vente exigible et seulement résoluble, tandis que le renvoi du paiement à la date où ce preneur prendra parti fait croire plutôt à une vente jusque là suspendu (21). THALLER não se associa aos escrúpulos de ULPIANO, julgando que a aproximação da operação com a venda é tão discutível como com a locação ou com o mandato. O commercialista francês julga que se teria dado ao *aestimatum* maior relêvo *en lui communiquant très franchement* le caractère de la vente. (22).

Mas essa doutrina, no dizer de BERTOLINI, manifesta-se debil e imperfeita pela incerteza e discórdia entre os autores no determinarem o caráter e o conteúdo da condição (23).

(20) JOUSSERANDOT — L'ÉDIT Perpetuel.

(21) Op. cit., 652.

(22) Idem, pg. 651.

(23) "Quest'analisi della diversa intenzione o volontà contrattuale nei due negozi, la compravendita ed il nostro, è sufficiente ad escludere puranco che il contratto stimatorio sia una vendita condizionatta; doutrina la quale, sebbene vanti qualche seguace autorevole, si manifesta debole e imperfetta già per l'incertezza e discordia degli scrittori nel determinare il carattere ed il contenuto della condizione" (II Cont. est., § 15).

Para DE MÉDIO, guia seguro para distinguir os dois contratos, é a intenção dos contraêntes: “L’intenzione dei contraenti ci deve essere di guida sicura nella disanima, ed è sempre il loro volere, desunto dalle circostanze di fatto che accompagnano la conclusione del negozio giuridico, che distingue parimenti il contratto stimatorio da venda sottoposta a condição suspensiva o resolutive (24).

7 — Não se trata de locação. Na locação, são elementos essenciais, de um lado, *operæ* ou *opus*; doutro lado um certo salário — *merces constituta*. Mas no contrato estimatorio, pôde faltar o primeiro elemento, de vez que o *accipiens* não é obrigado a vender e a entregar a *æstimatio*.

O segundo elemento também pôde faltar. E’ certo que é possível convencionar uma compensação, sem que se desnature o contrato. Além da diferença entre a *æstimatio* e o preço da venda, é possível acrescentar-se ou estatuir uma compensação fixa: Daneben kam ihm eine feste Vergütung billigt sein (25).

Da mesma opinião é VINNIO.

JOUSSERANDOT sustenta que a palavra *utilis* não significa que esta ação é dada *utiliter*, embora um dos contratantes receba um salário, mas que se pôde recorrer a ela em lugar de empregar a ação de locação, a despeito do salário convencionado, “parce que cette convention diffère du luage, en ce que celui qui est chargé de vendre la chose a la faculté de la rendre ou sa valeur estimée” (26).

A fixação do salário é estranha à essência do contrato. Nem se diga que a diferença entre a *æstimatio* e o preço equivale ao salário na *locatio*, porque aquela é aleatória e incerta, ao passo que a retribuição, na *locatio* é essencial e certa (27).

(24) Op. cit., pg. 35.

(25) DERNBURG, Römisches Recht, com fundamento no fr. 2. D. 19.3 Haec actio utilis est et si merces intervenit.

(26) Op. cit. pg.

(27) BERTOLINI, op. cit., 408.

BARASSI sustenta que se não trata de um contrato de trabalho: “Un altro caso in cui la prestazione di lavoro è successiva alla stipulazione del contratto, mà obbligatoria, è quello che riguarda il debitore nel contratto stimatorio che presuppongo contenga anche la promessa di una mercede. In fatti chi promette di restituir o la cosa o il suo valore in una somma determinata, si la vende, non si assume affato di venderla: l’attività della vendita qui è solo in condizione. Non vi è dunque contratto di lavoro” (28).

8 — Não é sociedade. A sociedade pressupõe outros elementos que se não encontram no contrato estimatório, falta neste o *animus contrahendae societatis* e é esse elemento subjetivo que concorre para distinguir os dois contratos.

JOUSSERANDOT sustenta que não é sociedade porque o lucro é para aquele que se encarrega de vender o objeto, e, portanto, somente para uma das partes (29).

São de ULPIANO estas palavras — “et societas non videtur contracta in eo, que te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit” (30).

Verdade é que, no L. 44 D. *pro socio*, 17, 2, ULPIANO faz alusão à sociedade, parecendo haver contradição entre os dois textos. Tal não ha, porém, porque, nesta passagem justamente se encontra o critério para diferenciar os dois contratos, o elemento subjetivo do *animus contrahendae societatis*.

A ação será *pro socio*, si tiver havido a intenção de formar sociedade, caso contrario será a *praescriptis verbis* que é a peculiar ao contrato estimatório.

COVIELLO assinalou, de modo claro e perfeito, a distinção: “Il fatto, base materiale del rapporto giuridico è il medesimo: *ti do una cosa da vendere per vendere per un prezzo determinato*. La conseguenza ultima a cui si vuol giungere è sempre la stessa: io voglio il prezzo di stima, tu

(28) Contratto di Lavoro. I, 406.

(29) Op. cit., pg. . . .

(30) L. 13, fr. D. de praescr. verbis, 19.5.

potrai approfittarvi del di più ritratto della vendita. Però in un caso ho intenzione di stringere teco così una società, nell'altro no. Qual è l'effetto di questa diversa intenzione? 1.º) Se voglio stringere una società e tu t'accordi in questo con me, bisogna che tu ed io vogliamo anche tutte le conseguenze che naturalmente derivano da tale specifica comune volontà. Ora, se in forza dell'intenzione di far società insieme, io son costretto a mettere in comune la *res vendenda* tu devi metterci di tuo la tua abilità, la tua industria: altrimenti non vi avrebbe società. Tu dunque sei obbligato a far di tutti per vendere. 2.º) Ma quando non havvi quell'intenzione, *l'accipiens* non ha altro obbligo che o di restituire la cosa o pagare il prezzo di stima, a sua scelta, egli non è obbligato ad impiegare la sua attività; dunque non è obbligato a metter nulla in comune; dunque non v'è società. Abbiamo trovato così la differenza caratteristica tra società e contratto stimatorio, e in base appunto all'intenzione dei contraenti. La differenza è che, nel contratto stimatorio l'obbligato ha la facoltà di concludere il contratto di compra-vendita o di astenersi restituendo la cosa; il che non può seguire se è voluto fare una società, poichè deven-do esserci sempre la messa sociale, sia pure in attività personale, questa manca, acordandosi quella facoltà. Dunque il contratto stimatorio si distingue essenzialmente della società" (31).

Tambem BOLAFIO não admite no contrato estimatório uma relação de sociedade: "Neanche, fra il *tradens* e *l'accipiens*, si stringe un rapporto sociale. Riprenda la cosa oppure riscuota la stima fissata preventivamente, il *tradens*, come regola, non partecipa al profitto della rivendita (*quod pluris vendidisses tibi haberes*). Nè a sua volta *l'accipiens* è socio di opera o di industria: perchè, come fù rilevato, non è obbligato, mancando un patto contrario, a spiegare una attività procacciante. Mal grado ciò, il sopropezzo è esclusivamente suo pel contratto originario; e la inesistenza

(31) Op. cit., pg. 415-416.

di un vincolo sociale è poi esclusa dalla facoltà, non restringibile, dell'*accipiens*, di restituire, in ogni momento, *ad libitum* la cosa ricevuta" (32).

9 — Não se confunde outrossim, com o mandato. O mandato no Direito Romano caracteriza-se pela gratuidade. E' na definição de DERNBURG, a assunção de um encargo, sem recompensa (33). "Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conditionem potius respicit" (34). "Nec lucrum tibi ex hac causa acquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet" (35).

No contrato estimatório, como já vimos, é possível pactuar-se uma retribuição, o que é incompatível com o mandato.

Tambem mais rigorosa é a posição do *accipiens*, e mais leve a do mandatario. Na realidade, observa DE MÉDIO, "mentri questi si libera da ogni obbligo col gerire conscienziosamente l'affare oggetto del mandato, quegli invece deve sempre rispondere dell'*aestimatio*, a meno che non voglia restituere la cosa, anche quando abbia agito con buona volontà e rettitudine per riuscire nell'escopo. Nè carrebbe obbiettare che il maggior rigore sfuma se egli può restituire la cosa, giacchè è da considerare che la facoltà della restituzione rappresenta appunto l'elemento moderatore introdotto per attenuare la grave responsabilità, la quale esiste di per si".

E' ainda dever do mandatário entregar ao mandante todos os proventos obtidos em consequência do mandato. "Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet, sicuti nem damnum pati debet si exigere faeneratam pecuniam non potuit" (36).

(32) BOLAFIO, Il contratto stimatorio, quale atto oggettivamente commerciale, n.º 5.

(33) op. cit., § 372.

(34) fr. 1, § 4 D. 19.1 PAULUS, libro 32 ad edictum.

(35) fr. 36, § 1, D. eod JAVOLENUS, libro 7 ex CASSIO.

(36) fr. 20, D. 17,1 — DERNBURG, § 373.

O *accipiens*, no entanto, lucra o que alcançar além da importância prefixada: o que exceder lhe pertence. Não lhe cabe restituir o que receber a mais, na venda que fizer, e a tanto seria obrigado si fosse um mandatário.

MAYNS sustenta que o contrato se assemelha à operação que hodiernamente se denomina comissão, opinião que é, também a de COELHO DA ROCHA, quando sustenta que a condição aposta à entrega importa *numa especie* de comissão (37).

BOLAFIO refuta semelhante opinião porque o *accipiens* não vende somente no próprio nome, mas também por conta própria, a coisa recebida, e a diferença entre a estima e o preço obtido pertence-lhe inteiramente: “L’*Accipiens* non vende soltanto in nome proprio, mà per conto proprio la cosa ricevuta: la differenza in più tra l’*aestimatio* e il prezzo di rivendita è a sua vantaggio esclusivo” (38).

CLOVIS BEVILAQUA, estudando o contrato, vê nele alguma coisa de semelhante à consignação (39). A semelhança é possível. Mas o contrato estimatório não se confunde com a comissão porque o *accipiens* não é obrigado a prestar contas do preço obtido, mas tão somente pagar a *aestimatio*.

10 — Essas divergências no apreciar a natureza jurídica do negócio em apreço, não podendo identificá-lo com os contratos nominados, pelos desvios que os incompatibilizam, deram em resultado a publicação de um edito em que o pretor dava, para tal negócio, uma ação especial — “Si res aestimata vendenda data fuerit, nec ipsa res incorrupta reddita sit, *de aestimato* actionem dabo”.

Estavam negócios que tais munidos de ação, e, portanto, erigidos em contrato independente, subsistindo por si só,

(37) MAYNS, II, 244, Il ressemble à l’opération que nous designons aujourd’hui par le nom de *commission*. — COELHO DA ROCHA, D. Civil, II, § 695. Esta cláusula importa *numa especie* de comissão.

(38) op. cit., n.º 6.

(39) Dto. das Obrigações, § 120.

apresentando analogias com os contratos nominados, mas separando-se deles por características inconfundíveis.

Que o fim da instituição consignada no Edito foi o de cortar a dúvida que se suscitava dá-lo ULPIANO: “Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis debitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex venditio sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videas, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati” (40).

Assim, diz PETIT, depois de terem procurado assimilar esta convenção a uma venda, a uma locação, a um mandato, acabaram os romanos por ver nela um contrato inominado, sancionado pela ação *praescriptis verbis* que tomou, nesse caso, a denominação particular de ação *estimatoria* (41).

11 — “On hésitat pour savoir si cette convention constituait une vente, un louage, ou un mandat. On s’est tiré d’affaires en donnant l’action *civilis in factum* qui apparait dans la fonction primitive pour laquelle elle fut inventée, en même temps qu’ellesactionne comme premier contract inommé une convention que, la propriété n’étant pas transféré, ne rentre ni dans la combinaison *do ut facias*”.

Um tal contrato não é venda, não é locação nem mandato, diz DERNBURG. Por isso o pretor condescendeu em estabelecer para ele uma ação particular *ex fine bonae*, a *aestimatoria praescriptis verbis*, por meio da qual se podia reclamar do revendedor a coisa ou o preço. “Ein derartiger Vertrag ist weder Kauf, noch Miete, noch Mandat. Daher verstand sich der Prätor dazu für denselben eine eigene Klage “*ex fide bona*” aufzustellen, die *aestimatoria praescriptis verbis*, mittels deren der Geber di Sache oder den Preis won Trödler einfordern Konnte” (42).

(40) L. 1, D. de aest., 19,3.

(41) *Traité Élémentaire*, n.º 408, pg. 416.

(42) Vol. II, § 7, pg. . .

Foi KARLOWA quem primeiro observou que a *actio aestimatoria* foi o ponto de partida para os contratos inominados, “und dass eine allgemeine für alle bezüglichlichen Fälle bestimmte *actio praescriptis verbis* nicht im prätorischen Edikte proponiert war” (43).

LENEL, segundo DERNBURG, deu amplo desenvolvimento a este conceito.

12 — Caracterizada a natureza jurídica do contrato, em face dos textos romanos, e assinalada a ação que lhe foi atribuída, não se esgota a série de dificuldades. E surgem, a propósito, problemas os mais interessantes. Na verdade, a passagem do Digesto, que se reporta ao contrato em exame é fonte de perenes controvérsias. Desde o tempo dos glosadores que tal acontece assinala FRANS LIPP, na obra já referida.

1 — E' um contrato real ou consensual?

2 — Na dúvida presumir-se-à um contrato estimatório?

3 — Quem é o proprietário?

4 — Responde o accipiens pelo *casus*?

5 — Que se deve pensar da chamada *aestimatoria praescripti verbis*.

Resolvidas as 4 primeiras questões, com o auxílio de contribuição que, para sua solução, trouxeram SEUFFER, EDWRD, CHAMBON, BRINZ, BEKKER e outros, continua o precitado monografista, so erscheint dagegen die Frage: Wer trägt beim sogenannten Trödelcontract die Gefahr? und die eng damit verbundene Controverse darübert;

Wie die sogenannte *aestimatoria praescriptis verbis actio* zu denken sei (44).

E, a respeito desta última, LIPP contraria a opinião geralmente aceita, de que se trata de um contrato inominado, e repele a atribuição de uma *actio praescriptis verbis*, fundado, principalmente, na dissertação de Störcke,

(43) DERNBERG — op. cit., nota 15 em § 263.

(44) F. LIPP, op. cit., pg. 11.

(*dissertatio de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato* HALAE 1756), no exame dos textos, e em confronto do texto latino com o correspondente nas *Basilicas*, por não encontrar neles referência alguma àquelas palavras: *praescriptis verbis*: “gegen ihre Gültigkeit wenden sich feindlich alle Gründe, welche direkt oder indirekt für die “aestimatoria” überhaupt sprechen” (45).

E, depois do confronto referido, conclúe: Hier ist sowol im griechischen als auch im lateinischen Texte weit und breit nichts von einer *actio praescriptis verbis* zu sehen: die Klage, welche hier gegeben, ist die aus dem Trödelcontrat schlechtweg, *actio de aestimato*” (46). A tese, que vai ao arrepio da sustentada pela maioria dos romanistas, merece minudente exame, para o qual muito poderão concorrer as pesquisas de GRADENWITZ e de LENEL, aquelle no seu célebre estudo sôbre as interpolações (*Interpolationem in dem Pandekten*) e este em estudo publicado na “*Zeitschrft, der Sav. Stiftg. Abt. Bd-9, S. 181*”, consoante de DERNBURG (47). GRADENWITZ demonstrou que esta *actio praescriptis verbis* procede da jurisprudência bisantina, de onde foi transplantada para o *Corpus Juris*, mediante interpolação, pelos compiladores. Os juristas clássicos não conheciam uma “*actio*” *praescriptis verbis* — precisamente o característico destes casos é a ausência de uma ação específica adadavel — mas uma simples *praescriptis verbis* “*agere*”, uma forma geral de ação, applicavel a casos os mais heterogêneos (48).

(45) Idem, pg. 20.

(46) Idem, pg. 21.

(47) op. cit., pg. 550, nota 15, in fine.

(48) СОНМ, trad. esp. nota 1 a pg. 368.

O conceito unitario do contrato de seguro (1) (2)

Tullio Ascarelli (3)

SUMARIO

1 — O problema dum conceito unitário do contrato de seguro. Posição da doutrina. 2 — A teoria da necessidade. Sua verdade e insuficiência. 3 — A teoria da empresa. Sua utilidade e insuficiência. 4 — O seguro como contrato de indenização mesmo na hipótese do seguro de vida. 5 — A inestimabilidade dos bens pessoais. Exatidão, mas insuficiência desta observação. 6 — A doutrina geral do ressarcimento. 7 — Dano emergente. Lucro cessante. Vantagem esperada. 8 — Consequencias na questão probatoria. Avaliação abstrata e concreta. 9 — Consequencias no problema do seguro. 10 — Os varios ramos de seguro em relação com o dano emergente: a) Seguro dos danos às coisas; b) Seguro nupcial; c) Seguro da responsabilidade civil. 11 — Em relação com o lucro cessante ou vantagem esperada: a) Seguros de accidentes; b) Seguros nos casos de morte; c) O seguro a favor de um terceiro beneficiario; d) Seguros sociais; e) O interesse nos seguros no caso de morte; f) O seguro no caso de vida; g) Ainda os seguros no caso de vida; h) A doutrina do interesse assegurado nos seguros de pessoas; i) Ramos mistos. 12 — Importancia das conclusões obtidas: a) Seguros de accidentes; b) Os seguros sociais;

(1) Circunstancias independentes da minha vontade impediram-me de completar este estudo com o aparato bibliografico que seria mister e que se destinaria, não tanto a promover uma especie de torneio de opiniões, do qual o próprio autor sóe sair após naturalmente vencedor e que constitue a influencia não benefica que sobre nossa obra de juristas exerce nossa profissão de advogados, como a mostrar o elemento de verdade que frequentemente deriva das teorias opostas e a colher e indicar as varias afirmações que, nas teorias depois criticadas, contêm a indicação da solução aqui defendida.

O progresso do pensamento, mesmo na ciencia juridica, não aparece atravez a contraposição polemica das varias opiniões, mas pelo seu sucessivo superamento, em formulas sempre mais largas que, atendendo as exigencias proprias de cada uma, satisfazem-nas e em seguida superam-nas. Esta, mesmo na ciencia juridica, é a unica via fecunda e é diante dèla que qualquer solução não é sinão etapa que faz nascer novos problemas, exigindo novas soluções, — instrumento de trabalho com o qual cada um contribue para uma obra coletiva.

(2) Traduzido pelo professor Ernesto Leme e pelo sr. Aristides Lobo.

(3) Catedratico de direito comercial da Universidade de Bolonha, Italia, e professor contratado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

c) Diferenças entre seguro no caso de morte e no caso de sobrevivência. 13 — Avaliação abstrata e avaliação concreta do dano: a) Limites da indenização; b) Proporcionalidade; c) Pluralidade de seguros; d) Sub-rogação. 14 — Classificação dos ramos de seguro.

1 — O problema preliminar da teoria do seguro foi sempre o da possibilidade dum conceito unitario do contrato de seguro; o da unidade entre seguro de vida e seguro dos danos.

Estas duas formas de seguro juntam-se na lei e na consciencia comum como sub-especies de um unico genero (o genero, seguro). Todavia é difficil identificar os caracteres comuns que deveriam igualmente distinguí-los, tanto que não são raros agora os que renunciaram francamente à tentativa de conceber um conceito unico de seguro.

Efetivamente, enquanto o seguro dos danos aparece como um contrato de indenização e encontra substancialmente nesse carater o principio diretivo da sua disciplina, o seguro de vida parece rebelar-se a este conceito. As paginas dedicadas por VIVANTE, à critica da applicação do conceito de contrato de indenização ao seguro de vida, estão sempre vivas na mente de qualquer estudioso do problema. E' corrente agora na doutrina assecurativa, no recentissimo tratado francês de PICARD e BESSON ou no de HEMARD ou no de SUMIEN, como no recente tratado alemão de BRUCK, como no classico de EHRENBERG, assim como no de EHRENZWEIG, como nas coletaneas economicas de GOBBI, a constante affirmação da impossibilidade de colocar o seguro de vida no ambito de um contrato de indenização. (1)

No tratado de direito civil de COLIN et CAPITANT lê-se à pagina 739, volume II (edição de 1935), a affirmação breve de que é "falso" reduzir todos os ramos de seguro ao conceito indenitario e se admite efetivamente a definição de HEMARD fundada sobre um conceito diverso.

No verbete dos *Seguros em geral*, do *Novo Digesto Italiano*, redigido pelo dr. GASPERONI encontra-se a mesma afir-

(1) Cfr., para a bibliografia, alem dos tratados recentes recordados no texto, o n.º 1.862, vol. IV, 5.ª edição, do *Trattato* de VIVANTE.

mação que é completada pelo franco reconhecimento da impossibilidade de formular um conceito unitario do seguro.

Esta coincidência de afirmações dos maiores, talvez, civilistas francêses destes ultimos anos e do jovem estudioso italiano, parece consagrar uma opinião já tornada comum. E' esta opinião que explica porque, nas mais recentes leis sobre seguro, evita-se dar uma definição do contrato de seguro. (2)

Chegou-se assim a uma situação quasi paradoxal.

Na consciencia comum, nas leis de todos os países, na doutrina economica, todos os ramos do seguro são considerados como sub-especies de um unico contrato, e esta convicção era ainda generalisada na doutrina do seculo passado, na qual é corrente a afirmação de que o contrato de seguro é um contrato de indenisação e que mesmo o seguro de vida corresponde a esse conceito. Na doutrina mais recente, contudo, especialmente italiana, alemã, francêsa, é

(2) Como se sabe, o primeiro a ser regulado legislativamente foi o seguro marítimo, de há muito o mais importante, até quasi o fim do século XIX. O seguro terrestre foi disciplinado na Europa, primeiro, na lei belga de 1874 e no código comercial hungaro de 1875, tendo sido aquela a fonte da disciplina dos seguros nos numerosos códigos de comercio publicados nos países latinos na segunda metade do século XIX. Na America do Norte, leis especiais sobre o seguro, tambem terrestre, se encontram desde a metade do século XIX (por exemplo, Massachussets, 1861; California 1872; etc.). Em geral, essa disciplina só considera de modo especial algumas formas de seguro: essencialmente, o seguro contra incendio, nos seguros sobre as coisas, e o de vida. Com o século XX, em correspondencia ao maior desenvolvimento dos seguros e ao exercicio de novos ramos, a disciplina do seguro é ditada em lei especial; assim, a lei alemã de 30 de maio de 1908; a Suíça, de 2 de abril de 1908; a do Estado de Nova-York, de 7 de maio de 1909 (nos Estados Unidos, a disciplina do seguro é de competencia estadual e não federal). O movimento acentua-se depois da guerra de 1914-18; a lei austriaca de 23 de dezembro de 1917; dinarmaqueza, de 15 de abril de 1930; francesa, de 13 de julho de 1930; norueguesa, de 6 de junho de 1930; rumena, de 4 de julho de 1930; finlandesa, de 12 de maio de 1933; tchecoslovaca, de 3 de julho de 1934; — acentuando-se, ao mesmo tempo, a emanação da legislação de controle, primeiro em alguns e depois em muitos Estados. Nos códigos civís mais recentes, como o brasileiro, os seguros são disciplinados no código civil.

agora corrente, ao contrario, a afirmação oposta; nega-se o caracter indenitario do contrato de seguro de vida e consequentemente põe-se em duvida a unidade do contrato de seguro.

A doutrina brasileira parece-me ter ficado extranha à discussão (3), mas uma precisa e nitida visão do problema encontra-se no comentario de CLOVIS BEVILAQUA aos arts. 1.432, 1.440, 1.471 (4).

E' para mim motivo de satisfação chegar nestas paginas a conclusões analogas às da doutrina sul americana.

2 — O conceito unitario do contrato de seguro foi encontrado no principio da “necessidade”, por uma tendencia internacionalmente muito difundida que é talvez a mais frequentemente acolhida na doutrina germanica.

Esta tendencia (5) dá sentido à afirmação de que nas suas varias formas o seguro procura reparar uma necessidade eventual do beneficiario e que nesta sua função encontra a sua razão de ser. O merito inegavel dessa tendencia consiste em haver aclarado a distincção entre seguro e jogo e identificado assim os caracteres do risco elaborando em correspondencia a noção do “interesse” assegurado.

Com efeito, exatamente se observou (6) que, nas hipoteses do jogo e da aposta, o risco não é sinão uma conse-

(3) Cf., por exemplo, o comentario de CARVALHO SANTOS, art. 1.472.

(4) O código comercial argentino, por sua vez, em sua sistematização, é, talvez, o que mais acentua a unidade do contrato de seguro, subdividindo — aliás de modo não recomendavel — a disciplina especial dos seguros terrestres em três secções (incendio, riscos agricolas, vida), em lugar de adotar a dicotomia (danos e vida), como nos códigos italiano e brasileiro.

(5) Foi retomada na Italia, após varios anos de abandono, por VITERBO, *Rivista di diritto commerciale*, 1932, I, 40. Criticou ele, percuientemente, a teoria vivanteana, iniciando um movimento de reação contra esta e dando à teoria da necessidade uma formulação juridica mais rigorosa de quanto precedentemente se fizera, em conexão com a teoria geral dos contratos aleatorios.

(6) Cf., VITERBO, *ob. cit.*, exactamente observando que nos contratos aleatorios bem como no seguro, embora o “contrato” não seja condicionado, é, ao contrario, “necessariamente condicionada” (a verificação do risco) a “prestação de uma das partes”.

quencia do fato de se haver jogado ou apostado — pois de outro modo o evento seria indiferente; na hipotese do seguro, ao contrario, o risco preexiste ao contrato.

E' esta a inegavel diferenca entre o contrato de seguro de um lado e o de jogo ou aposta do outro; o seguro corresponde a um risco subsistente objetivamente para o patrimonio do beneficiario, ao contrario do que acontece no jogo.

Coerentemente ensina-se que o seguro não pode subsistir faltando um "interesse" asseguravel (7); é necessario que o beneficiario do seguro se encontre em uma situação tal que o sinistro se converta para êle em um dano, e daí não ter interesse na verificação do sinistro.

Este principio constitue um principio fundamental na legislação e na pratica, como que o esteio da instituição. Se fosse possivel segurar-se por um evento, a respeito de cuja verificação não se tivesse um interesse contrario, o seguro não seria nem util e nem mesmo tecnicamente possivel, porque o beneficiario tornar-se-ia um provocador do sinistro, para lucrar a indenização.

E' efetivamente o que sucede todas as vezes em que, por circunstancias anormais, o interesse do segurado em que não se verifique o sinistro exerce uma influencia psicologica inferior ao seu desejo de lucrar a indenização e não encontra um obstaculo suficiente nas normas, refertas por isso frequentemente de caracteres penais, (8) que atingem a fraude nos seguros.

(7) E' o aspecto mais investigado na doutrina alemã, desde o clássico tratado sobre os seguros de EHRENBERG, Leipzig, 1893, até ao amplo tratado de KISCH, que dedica ao interesse seguravel todo o terceiro volume (Berlim, 1932).

Na doutrina italiana, o ensaio mais desenvolvido é o de FERRARINI, nos *Saggi in scienze assicurative*, vol. I, publicados pela Real Universidade de Pisa.

A doutrina do interesse é, talvez, hoje, o aspecto mais estudado da teoria do seguro especialmente nas doutrinas italiana e alemã. Vivamente discutida é a questão de saber si o interesse deve ser objetivo ou, ao contrario, se pode ser subjetivo.

(8) Note-se que essas normas se acham entre as pouquíssimas que tutelam a execução de um direito obrigatorio, ao passo que, em geral o direito penal explica sua tutela em um campo correspondente ao dos direitos de personalidade e dos direitos reais.

Na praxe, o mesmo principio costuma ser expresso na conhecida maxima de que o seguro não deve ser fonte de lucro para o segurado (beneficiario) (9).

E' desnecessario lembrar as numerosas consequencias deste principio, muito conhecidas por quem quer que tenha pratica da materia, assim como são conhecidas as numerosas clausulas contratuais (10) que procuram reforça-lo.

Menos frequentemente talvez se salienta que este principio se relaciona com um carater que todavia é proprio do contrato de seguro. Neste a lei considera o segurador e o segurado como aliados, ambos interessados em que não se verifique o sinistro ou em limitar suas consequencias, cooperação que, ao menos no gráu em que se verifica no seguro, não encontra simile nos outros contratos. (11)

Mas se estes são os meritos da teoria da necessidade, convem ainda reconhecer que ela não consegue construir unitariamente o seguro e unificar o seguro de vida e o, se-

(9) Cf. WEENS, *Du principe que l'assurance des choses est un contrat d'indemnité*, Paris, 1927.

(10) Por exemplo, não segurando a coisa pelo inteiro valor, mas deixando um "descoberto", como se costuma dizer, em relação ao qual, como se diz, o segurado é segurador de si mesmo.

(11) Isso se revela na disciplina peculiar em muitas legislações da conclusão do contrato de seguro em relação às reticencias e às falsas declarações do segurado, ainda que de boa fé (cfr. art.º 429, cod. com. ital.). Essa disciplina, que é tradicional, não pode ser identificada com a disciplina geral do erro e é a respeito dessa disciplina que conserva significado particular a máxima tradicional, que de outra forma seria hoje em geral propria a qualquer contrato, de que o contrato de seguro é um contrato de boa fé, ou, como preferem escrever os escritores anglosaxonicos, *uberrimae fidei*. Dessa "cooperação" do segurado se originam, não raro, as sanções de decadencia do direito de indenisação, que, na disciplina do contrato de seguro, são particularmente numerosas e que convem manter cuidadosamente distintas dos casos de nulidade do contrato; da mesma forma convem pois distinguir as "obrigações" do segurado (cuja inexecução dá lugar ao resercimento dos danos) e os seus "onera" (cuja inexecução, algumas vezes embora sem culpa, dá lugar á decadencia do direito á indenização). Cfr. art. 108, D. n.º 2063 de 7 de março de 1940.

guro de danos, como especies diversas, mas todavia sempre de um unico contrato. (12)

E' obvio efetivamente que, mesmo no seguro de vida, se pode falar da "necessidade" com referencia à geral e fundada aspiração de cada um de deixar aos proprios herdeiros uma importancia ou de beneficiar um terceiro em tal eventualidade, mas é todavia obvio que com essa afirmação se disfarça o problema antes de resolvê-lo.

No seguro de danos, com efeito, a necessidade é do beneficiario e assim subsiste não somente como necessidade prevista no momento da conclusão do contrato, mas como dano atual do beneficiario no momento da verificação do sinistro; é ao dano provocado pelo sinistro que colima a indenisação; é o beneficiario que deve demonstrar o seu interesse asseguravel em falta do qual não pode subsistir um seguro valido.

Se geralmente se fala a este proposito de "segurado", isto se dá somente porque, no seguro de danos, a pessoa do segurado e a do beneficiario geralmente coincidem; mas muitas vezes essa coincidencia não ocorre (p. ex. no seguro por conta de quem compete), sendo então constante a doutrina e a jurisprudencia que exigem a subsistencia do interesse asseguravel no beneficiario e não no segurado (13). Este principio, se são exatas as nossas premissas, é perfeitamente natural, porque é o beneficiario e não o segurado aquele que, lucrando a indenisação, deve não ter interesse na verificação do sinistro.

No seguro de vida, vice-versa, podemos bem encarar no momento da conclusão do contrato a previsão de uma futura necessidade da parte do estipulante, mas nunca, ao contrario, se exige a demonstração dum dano do beneficiario

(12) Os que sustentam a teoria da necessidade, p. ex. GOBBI, apressam-se, com efeito, em declarar que o seguro de vida não constitue um contrato de indenização.

A mesma afirmação lê-se em VITERBO, op. cit. p. 51.

(13) E' justamente essa a justificação da conclusão do seguro por conta de quem compete, a respeito do qual cf. o vol. de A. DONATI, *L'assicurazione per conto di chi spetta*, Roma, 1934.

no momento do sinistro e em seguida a êle. A possibilidade de ser beneficiário da indenisação não é subordinada, ao contrario do que acontece nos seguros de danos, à presença de um interesse seguravel. A indenização não encontra o seu limite na medida do dano do beneficiário, como, ao contrario acontece nos seguros de danos, mas coincide com a importancia livremente fixada, a priori, na conclusão do contrato. Isso se reflete na profunda diferença que parece assumir nesse campo a teoria do interesse, que por esta causa muitos — como no recente tratado de BRUCK — sustentam inaplicavel ao seguro de vida.

As leis falam da necessidade de um interesse do estipulante a respeito da pessoa sobre quem se contratou o seguro (assim no código italiano, argentino e brasileiro) ou da necessidade de um consentimento escrito da pessoa a cujo respeito se contratou o seguro (como na lei francesa), mas com isso cuidam do interesse do estipulante e não do beneficiário e vão assim ter a um conceito que, não obstante a identidade do nome empregado, pode aparecer bem diverso daquele do interesse no seguro de danos.

A teoria da “necessidade” é porisso verdadeira e insufficiente ao mesmo tempo e assim somente é verdadeira parcialmente.

Verdadeira no indicar a função economica do seguro e estabelecer a distinção jurídica entre seguro e jogo; mas insufficiente quando não consegue, depois, mostrar a constante e rigorosa relevancia juridica desta função economica e renuncia em substancia a este alvo, quando reconhece que o seguro de vida não é um contrato de indenisação. (14)

Por outro lado, entanto, se do seguro privado passarmos ao seguro social, encontraremos mesmo na hipotese do ris-

(14) E' essa, em substancia, a crítica de VIVANTE, vol. IV, pág. 355, n.º 1.863, à teoria da necessidade, segundo a formulação de GOBBI e à teoria análoga do interesse legitimo de EHRENBURG.

Essa crítica não é superada nem mesmo pela mais recente formulação da teoria da necessidade, de VITERBO, que aliás afirma explicitamente que, embora o conceito da necessidade seja comum ao seguro dos danos e ao de vida, no seguro de vida não ha “dano” (cf. p. 52, ob. cit.).

co de morte principios que são os do seguro de danos; o direito à indenisação é limitado aos que vivem a cargo do segurado; é em função das importancias que a vitima ganhava no seu trabalho; varia de acordo com as varias relações do beneficiario com a vitima. Portanto, a indenisação é conceitualmente subordinada à existencia de um dano e a sua medfda é em função da medida do dano, ao menos quanto aos principios.

Se, após a consideração do risco de morte, passarmos a considerar os seguros de accidentes (infortunios e molestias) encontrar-nos-emos indubitavelmente embaraçados em sua classificação, visto como parecem êles quasi assinalar o termo medio entre o seguro de danos às coisas e o seguro de vida, tornando assim a mostrar a existencia de um conceito unitario do seguro, não obstante sua divisão em varios ramos, sujeitos a regras diversas. E' significativo que no tratado de direito civil de COLIN et CAPITANT à peremptoria negação do carater indenitario do seguro de vida a pagina 735 volume II, siga-se após, na página 757, o reconhecimento de que o seguro de vida e o seguro de accidentes entram ambos na mesma categoria do seguro de pessoas, mas que o carater indenitario, assente no seguro de vida, é subsistente para sempre, embora passe para segundo plano, no seguro de accidentes.

E' aliás sintomatico que a doutrina mais recente embora negando a existencia de um carater indenitario no seguro de vida, refute as teorias que, no seculo passado, na Alemanha e na França, exemplificativamente com THÖL e HUC, haviam procurado explicar o seguro de vida de acordo com uma ordem de ideas diversa da aceita para os seguros de danos, teorias que nem são lembradas na literatura mais recente sobre seguros.

3 — Foi exatamente o intento de chegar a uma teoria unitaria do seguro que levou VIVANTE — embora reconhecendo a distincção acima lembrada entre seguro, por um lado e jogo ou aposta por outro — a formular a sua teoria da empresa, a qual exerceu indubitavelmente uma influencia

profunda na doutrina e uma influencia decisiva sobre o desenvolvimento legislativo mais recente. (15)

A unidade do seguro se encontra, segundo VIVANTE, no elemento, que este mesmo autor diz técnico, da empresa; na circunstancia de que em todos os ramos de seguro este se exercita pelo segurador sistematicamente, com fundamento no calculo de probabilidade, tanto que, encarando a massa dos contratos, se substitue ao caracter aleatorio, proprio do contrato singelo isoladamente considerado, a possibilidade de uma previsão da entidade dos sinistros segundo os principios do calculo de probabilidade.

Esta teoria contem um inegavel fundamento de verdade. Não somente o contrato de seguro isolado constitue uma anormalidade, mas o seu carater não o tornaria apto a preencher a benefica função que é assumida pelo seguro (16); é somente atravez a massa dos contratos, que o segurador, eliminando o carater aleatorio de cada contrato considerado singularmente, pode fazer frente efetivamente ao risco; é assim pela massa dos contratos, que aquele risco, que singularmente se não poderia suportar, reparte-se em substancia entre todos os segurados, cada um dos quais substitue assim o pagamento de um premio certo e do qual pode suportar o onus, à eventualidade de um risco (17) que ao invés surgiria muito grave (18).

(15) A teoria vivanteana da empresa não visa distinguir o seguro do jogo, porque é evidente a observação de que tambem este pode ser exercido sob a forma de empresa e com a applicação do calculo de probabilidades, muitas vezes mais rigorosamente do que no seguro. O pensamento de VIVANTE é claro a esse respeito (cfr., por exemplo, n.º 1.862, vol. IV, pág. 351, da 5.ª edição), si bem que muitos o tenham entendido mal.

(16) Por isso, para VIVANTE, aproximar-se-ia do jogo. Foi essa observação que fez nascer o equívoco precedentemente denunciado.

(17) Sabe-se que dessa circunstacia partiu HAYMANN, nas suas profundas pesquisas (*Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag*, Berlin, 1933) sobre o problema da sinalgmaticidade do contrato. Qual, pergunta HAYMANN, a contra prestação do segurador? qual a causa do contrato nas hipóteses em que o risco não se

E' assim sabia diretriz a das recentes legislações que nos varios paises, ora para alguns ramos, ora por todos, (como na Italia e no Brasil e, desde 1938, na França) su-

verifica? Para responder a esta pergunta alguns (por exemplo Mossa, na Italia), identificam a contra-prestação do segurador, não na obrigação de pagar a indenização, mas na constituição do fundo dos premios, graças ao qual a indenização poderá ser paga e que deve ser calculado em relação a qualquer contrato de qualquer modo concluído.

Em minha opinião, tal orientação é erronea, originando-se da confusão de duas ordens de normas diversas e diversamente sancionadas. Com efeito, nenhuma norma sanciona o direito do segurado "singel" "à constituição da reserva matematica" ou do fundo dos premios e é, por isso, impossivel reconhecer, na constituição desta, a contra-prestação do segurador, que é, ao contrario, inequivocamente estabelecida no pagamento da indenização.

A constituição da reserva matematica e do fundo dos premios é imposta, nas leis de controle das empresas de seguros, por via de direito público, e sancionada por via de direito público. Cfr. D. 1186 de 3 de abril de 1939 e D. 2063 de 7 de março de 1940.

Isso não significa que "os segurados" não gozem de nenhum direito sobre a reserva matematica, porque esse direito é, ao contrario, frequentemente estabelecido nas leis de controle (por exemplo, na lei italiana de 29 de abril de 1923), mas trata-se de uma "garantia coletiva", que não diz respeito ao "singel" segurado, mas aos "segurados", e que só "coletivamente" se pode fazer valer.

E' sob esse aspecto que se patenteia a importancia das teorias da empresa e da formulação francesa da mutualidade, expostas e criticadas no texto. Cfr., tambem, COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, vol. II, pág. 764 (edição de 1935).

Na realidade, o problema encarado por HAYMANN encontra a sua solução na observação de que o carater sinalagmatico do contrato não contrasta a tese de que a prestação de uma das partes seja condicional; é esse, como bem mostrou VITERBO, *ob. cit.*, o carater comum do seguro e do jogo. E' obvia a distinção entre a condição que (acidentalmente) pode referir-se a todo o contrato e a condição que (necessariamente, nos contratos aleatorios) se refere à prestação de uma das partes (cf. VITERBO, *ob. cit.*, p. 59).

Deve-se observar, também, que a obrigação de pagar a indenização pode também ser assumida pelo segurador gratuitamente. A entrega de apólices gratuitas por parte das companhias (isto é, sem o pagamento de premios, nem por parte do segurado, nem por parte de um terceiro) é naturalmente rara, mas não está excluída (v. VITERBO, *ob. cit.*): ela encontra limites na possibilidade de as sociedades comerciais (como as companhia de seguros) realizarem atos a título gratuito e nas normas, hoje ditadas nas legislações do controle, sobre a constituição da reserva matematica e do fundo dos premios, que devem ser naturalmente constituídos, tam-

bordinam o exercicio do seguro à existencia de mutuas ou sociedades comerciais que, pela larguesa dos capitais obtidos, dêem a segurança de poder exercitá-lo naquela vasta

bem, em relação às apólices emitidas gratuitamente, porque do contrario sairiam prejudicados os outros segurados. Por isso, a emissão de apólices gratuitas só pode verificar-se, constituindo a reserva técnica correspondente à apólice e nos limites e com as formas nas quais as sociedades comerciais podem realizar atos a título gratuito (cf. os meus *Appunti di diritto commerciale*, vol. II, *Società*, 3.^a edição, pág. 69).

Quando, todavia, tais limites são observados, a apólice pode, validamente, ser entregue a título gratuito, e a disciplina à qual é submetida a obrigação do segurador continua sendo a do seguro; a disciplina do seguro é a applicavel a toda a relação jurídica (por exemplo, também, em relação às falsas declarações ou reticencias do segurando), exceção feita, evidentemente, para o que concerne ao premio ou à prestação do premio não devida, dada a gratuidade do seguro.

Por isso, o ensinamento corrente, que faz do premio um elemento “essencial” do seguro, não é inteiramente exato, e não é, por isso, inteiramente exato qualificar o contrato de seguro como um contrato “necessariamente” a título oneroso, si bem que tais afirmações correspondam à realidade na quasi totalidade dos casos. Em rigor, a prestação do segurador é das que podem ser assumidas tanto contra o pagamento de um premio (hipóteses normais), como gratuitamente (hipóteses excepcionais), e a disciplina da relação jurídica é (salvo no que concerne ao pagamento do premio) idêntica nos dois casos. O seguro é, portanto, tão compatível com a gratuidade, como com a onerosidade do contrato.

Esse é, de resto, o ensinamento comum para o contrato de renda vitalícia, cujas analogias com o seguro de vida são evidentes: cf. cód. it., arts. 1789-1790; brasileiro. 1424.

Cf., de um modo geral, sobre a compatibilidade dos varios contratos com a onerosidade e a gratuidade da atribuição, o volume bastante conhecido de HOENIGER, *Gemischte Verträge*, 1913.

Outro problema é o do reflexo das normas das doações na disciplina da emissão de uma apólice gratuita. Ele nos reporta à discussão sobre o conceito de doação que SAVIGNY concebia como uma causa geral de atribuição patrimonial (à qual, portanto, podiam corresponder diversos negocios jurídicos) e que a tradição francesa concebe, ao contrario, como um contrato. A indagação mais profunda deste problema, como sobre o problema estreitamente conexo das doações indirectas, e sobre quais dentre as regras ditas pelo contrato de doação são igualmente applicaveis às doações indirectas, continua sendo a de ASCOLI, no seu *Trattato delle donazioni*, Pisa, 1898.

(18) E' justamente por isso que a doutrina francesa fala, como veremos, da mutualidade de qualquer seguro, e Rocco por sua vez define o segurador como um intermediario no risco.

escala, independentemente da qual não pode desempenhar sua função (19).

Mas, não obstante isto, a teoria vivanteana não se torna por seu lado satisfatória.

Prescindindo dos casos, raros mas não raríssimos, de contratos de seguro concluídos para riscos que têm um caráter de unicidade e escapam à possibilidade de previsão com assento em calculo de probabilidade (20), é evidente que a teoria vivanteana (21) não alcança um caráter “juridico” do contrato de seguro, mas indica um presuposto técnico da industria seguradora e da sua função economica.

Este presuposto não constitue um característico tão somente de seguro, nem pode assumir a característica necessaria do contrato.

Do primeiro ponto de vista é efetivamente facil observar que este presuposto se encontra tambem em uma outra serie de operações e de contratos: os bancarios. E’ evidente efetivamente que a função economica do banco presuppõe por seu lado uma pluralidade de “depositos” (22); somente graças à pluralidade dos depositos é que o banco, mantendo-se sempre em condições de fazer frente aos pedidos de reembolso póde todavia utilizar parte dos deposi-

(19) Em geral, é exigida a subsistencia de uma sociedade anônima ou de uma mutua e são determinados capitais mínimos em função dos ramos exercidos e da extensão do territorio onde a industria é desenvolvida. Cfr. D. 1186 de 3 de abril de 1939 e D. 2063 de 7 de março de 1940.

(20) Por exemplo, as expedições scientificas polares. Especialmente na praxe anglo-saxonia, o seguro de um risco com caracter unico não é raro.

(21) Como as formulações análogas de BRUNETTI e de SALANDRA, nos seus estudos em *Assicurazioni*, 1935-1,409 e 1,28. Cf., para a critica, o meu estudo sobre a *Approvazione amministrativa della polizza vita*, em *Assicurazioni*, 1936-1,1, e o estudo de A. DONATI sobre a teoria da empresa, em *Assicurazioni*, 1937, alem do estudo já citado de VITERBO, destinado especialmente a demonstrar a insuficiencia dessa teoria a respeito da distinção do jogo.

(22) Emprego o termo em seu significado corrente, prescindindo da questão de saber si os depósitos bancarios são sempre depósitos, no rigoroso sentido desse termo juridico.

tos para aplicações (23), contando com a circunstancia de que, no fluxo dos depositos e das retiradas, um certo “fundo” subsiste constante e que este é assim tornado disponível para os negocios. Daí poder o banco exercitar sua função de intermediario de credito. Enquanto a simples operação bancaria se reduz juridicamente às figuras do mutuo, do deposito e assim dizendo, é inegavel a importancia que assume, economica e juridicamente, esse exercicio sistematico que é proprio do banco, importancia que todavia não autorizaria a configuração de contratos autonomos.

Do segundo ponto de vista é evidente que um contrato de seguro concluido isoladamente não preencheria a função economica do seguro, mas permaneceria contudo sempre juridicamente um contrato de seguro e não se transformaria, ao contrario, como deveria derivar das premissas de VIVANTE, em um contrato diverso. Tanto é isso verdade que as leis que em linhas gerais vedam a conclusão de contratos de seguro a empresas que não correspondam aos caracteristicos legislativos fixados (por ex. anonimas com capital determinado) estabelecem a nulidade ou a anulabilidade do contrato de outro modo concluido (24); cominam eventualmente sanções, mas com isso mesmo reconhecem que,

(23) Que a prudencia pretende a curto prazo e de facil liquidação, aconselhando a distinção entre os bancos e os institutos de financiamento, a medio e ainda mais a longo prazo, ou os que empregam economias em ações das sociedades comerciais.

(24) A meu ver, pois que o objetivo dessas normas é a tutela do segurado. a sua violação importa, em geral, na resolubilidade do contrato tão somente em favor do segurado. Cf., para o direito italiano, os meus estudos sobre *Società di capitalizzazione* e *Sull'approvazione amministrativa delle polizze*, em *Assicurazioni*, 1934, 1,184 e 1936, 1,1.

Em lugar de contrato “invalido”, poder-se-ia falar de contrato “irregular”.

Aliás, é frequente, agora, que as normas que só permitem conclusão de um contrato em determinados casos, quer para tutelar a contraparte, quer para fins de carater geral, importem, em relação ao contrato depois concluido sem a sua observancia, em sanções (às vezes somente por meio de multa) que, muitas vezes, não são exatamente as da nulidade ou anulabilidade do contrato, segundo os esquemas conhecidos do direito civil. Pense-se, por exemplo, no recebimento de depósitos por parte de institutos não autorizados, em paises onde essa autorização é exigida.

em si mesmo considerado, aquele contrato constitue para sempre um contrato de seguro (embora nulo ou anulavel ou resolúvel) e não um contrato diverso. Isso porque o exercicio sob forma de empresa constitue um presuposto para que o seguro possa realizar sua função, mas não entra como parte do que se costuma chamar a causa do contrato, analogamente ao que, recordamo-lo, se poderia observar nas operações bancarias.

A doutrina de VIVANTE é retomada em sua substancia na doutrina francêsa mais difundida. Assim HEMARD, em seu *Traité*, (vol. I, p. 73), define o seguro como o contrato no qual o premio pago pelo segurado corresponde ao direito deste de obter, para si ou para outrem, uma prestação no caso de occorrença do sinistro “par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique”.

Esta definição é, aliás, a mais acatada geralmente na doutrina francêsa (25). Encontra ela (26) todavia as mesmas objeções apresentadas à teoria vivanteana. Por um lado, erige em momento essencial um elemento técnico que, de tanto, refere-se, não à caracterização do contrato no quadro de outros contratos, mas à validade ou regularidade do contrato mesmo; de outro lado, esse elemento técnico pode encontrar-se, mutatis mutandis, tambem em outras operações e não póde por isso mesmo ser elevado a elemento característico fundamental do contrato de seguro.

Resumindo, poder-se-ia dizer que a tésede VIVANTE, como a da doutrina francêsa, indica a base técnica da industria seguradora (27), mas não a característica juridica do contrato.

(25) Onde, por isso, ensina-se que base constante do seguro é a mutualidade e, portanto, a concorrência de mais segurados, a qual permite ao segurador, constituido em companhia ou como mutua, compensar os varios riscos.

(26) No mesmo sentido da doutrina francêsa cfr. na Argentina, o comentario de SEGOVIA ao art.º 549 do cód. com. arg..

(27) Justamente por isso, tendem elas a ser traduzidas, legislativamente, não na disciplina do contrato de seguro, mas na disciplina de controle das empresas seguradoras.

Isso não significa, que o elemento assim posto em evidência não seja relevante, mesmo juridicamente.

O exercício sistemático de uma atividade é por si mesmo, efetivamente, causa de consequências jurídicas (28); a conclusão sistemática de uma série de contratos de seguros (ou, analogamente, bancários) dá lugar a uma série de consequências jurídicas, que seria erroneo esquecer.

VIVANTE indicou várias (29), no campo do direito privado. As mais importantes se encontram forçosamente no campo da legislação de controle especialmente sob este duplo aspeto: a) da irregularidade, que já mencionámos, dos contratos de seguro concluídos de outra maneira; b) da instituição, também já recordada, de uma garantia coletiva, a favor dos segurados.

Mesmo estas consequências, confirmando a importância que, até no terreno jurídico, reveste o elemento posto em destaque por VIVANTE, evidenciam que não se trata de um elemento que vise caracterizar o “contrato” de seguro no sistema dos contratos, mas de efeitos que, no âmbito do seguro como em outros (30), derivam do exercício sistemático de uma atividade sob forma de empresa, ou melhor, de grande empresa. Estas consequências não atingem a disciplina privatística do contrato, mas o direito público da economia que se vai mais do que nunca agora constituindo.

E’ aí, e não no campo tradicional do direito privado, que o exercício sob forma de grande empresa adquire peculiar

(28) O exemplo clássico é constituído pela doutrina do comerciante.

(29) Cf., no tratado de VIVANTE, o n.º 1859, vol. IV, 5.ª edição. Cf., também, no comentário de VIVANTE ao título dos seguros no comentário do código de comércio editado, pela U. T. E. T. 6.ª edição, a mais recente exposição do pensamento do Mestre a esse respeito.

(30) Menciono novamente o bancário. Cf., particularmente, GRECO, *Corso di diritto bancario*, 2.ª edição, Padua, 1936. Propõe-se para os bancos um problema de tutela dos depositantes, o qual não é muito diverso do da tutela dos segurados nos seguros de vida. Ainda mais evidente se apresenta esse problema na “capitalização”, e, de fato, as empresas de capitalização tendem, hoje, a ficar sujeitas às mesmas normas das de seguro de vida.

importancia jurídica e é, a meu ver, fruto de um equívoco esquecer esta distinção.

4 — Realmente para encontrar a unidade do contrato de seguro em suas varias formas é necessario penetrar na historia das doutrinas, e mantendo aqueles elementos de verdade proprios das doutrinas ora recordadas, voltar ao conceito do contrato de seguro como contrato de indenização, o que é hoje unanimemente acolhido para os seguros de danos, mas recusado na doutrina européia para o seguro de vida.

O conceito unitario do contrato de seguro não pôde encontrar-se senão identificando o “dano” que o seguro, mesmo de vida, viza reparar.

5 — E’ generalizado o conceito de que a vida humana constitue um bem inestimavel e desta premissa, sustenta-se, decorre a justificação da norma que permite no seguro de vida o seguro por um valor qualquer, não limitando portanto a indenização em função da prova de um dano.

Por isso, sustenta-se que o seguro de vida tem sempre por objeto o ressarcimento de um dano, mas este, pela inestimabilidade da vida humana, pode ser avaliado *a priori* em uma soma determinada, independentemente da demonstração concreta do mesmo, contrariamente ao que acontece nos seguros de danos.

A observação é seguramente exata, mas ousou lembrar que ela não é sufficiente para explicar de um lado as varias peculiaridades do seguro de vida e de outro manter aquele caracter indenitario que somente pode justificar a unidade do contrato de seguro em seus varios ramos.

Primeiramente pôde-se salientar que a inestimabilidade da vida e da pessoa humana *in genere* atem-se ao seu valor extra-patrimonial e afirma-se com efeito juridicamente em relação ao reconhecimento geral da liberdade jurídica. Não poderia ela efetivamente ser invocada juridicamente em re-

lação aos escravos (31). No terreno patrimonial, a vida humana pode ser objeto de avaliação, como demonstra a praxe dos seguros sociais e como de resto tem lugar nas varias hipóteses nas quais o juiz deve fixar um ressarcimento por homicídio ou lesão pessoal.

As normas do seguro de vida apresentam-se, ao contrario, identicas, mesmo nas hipóteses nas quais a justificação do seguro se encontra exclusivamente em um interesse patrimonial. Assim nas hipóteses nas quais o credor assegura-se sobre a vida do devedor (32).

Mesmo em um campo geral, parece mais confôrme à realidade da nossa época, admitir-se que o seguro de vida tenha presente o lado patrimonial, do que não seja admitir que vise em se procurar na indenização a compensação duma perda de character extra patrimonial.

Nos seguros de accidentes, encontra-se, por sua vez, como no seguro de vida, a possibilidade de estabelecer a indenização em qualquer cifra e mesmo aqui parece difficil jus-

(31) Justamente com essa última observação inicia o seu estudo do seguro de vida (cap. XXV, *Principios de direito mercantil*, tomo I, pág. 58, 1.^a edição. Lisboa, 1801) JOSÉ DA SILVA LISBOA.

Note-se que o seguro de vida se apresentou, primeiramente, como um seguro sobre a vida dos escravos. Nessa hipótese, falaria-se hoje, de seguro contra danos. E', porem, oportuno acentuar que já naquela forma primitiva, o seguro de vida se apresentava com seus caracteres atuais, isto é, com a determinação da indenização em soma fixa, independentemente da demonstração do dano concreto, si bem que os escravos tivessem um preço de mercado.

Cf., BEnSA, *Il Contratto di assicurazione*, pág. 129; PIATOLI, *Rivista di diritto commerciale*, 1936, I, 866, para as varias regras das primitivas formas de seguro de vida. Da primeira companhia brasileira de seguro sobre a vida dos escravos, dá noticia o *Diario de Pernambuco* de 11 de novembro de 1856, citado por GILBERTO FREYRE, *Nordeste*, Rio, 1937, pág. 245.

Os economistas examinaram demoradamente o problema do homem livre como instrumento de produção e a possibilidade, portanto, de incluir o "homem" naqueles bens que constituem riqueza Para a conclusão afirmativa, sustentada por PARETO, WALRAS, MC CULLOCK, PETTY cfr. FISHER, *The nature of capital and income*, New York, 1906, cap. I, §2 e §5.

(32) Essa prática é, hoje, bastante difundida, quer no seguro por parte dos empregadores sobre a vida de técnicos empregados, difficilmente substituíveis, quer, combinada com os empréstimos fundiarios, no seguro do instituto de crédito hipotecario sobre a vida do devedor adquirente da casa a prestações.

tificar esta possibilidade, encarando a inestimabilidade dos bens pessoais no terreno moral e visando, portanto, na indenização, quase um *pretium doloris*.

Em segundo lugar, costuma-se salientar que aquilo que parece obstar o reconhecimento de um caracter indenitario no seguro de vida é a circunstancia de que o dano ou a dôr são suportadas pelos que viviam a cargo do defunto e pelos parentes e amigos. Muito embora se possam amplamente determinar os limites destas categorias, a circunstancia acima mencionada não poderia permitir a designação descricionaria do beneficiario, como ao contrario acontece em todas as legislações. Este obstaculo não é transposto, salientando a inestimabilidade dos bens pessoais.

Em terceiro lugar, pode-se observar que, no amplo quadro dos seguros de vida, penetram não somente os seguros por morte, mas, outrossim, os seguros em caso de vida e, assim, as varias formas de seguro de sobrevivencia (p. ex. seguro de casamento; seguro por uma soma ao atingir a maioridade; seguro de velhice, etc.). Nestas hipóteses, vigoram as regras do seguro de vida — e assim a possibilidade de estabelecer a indenização em uma cifra fixa, independente da concreta demonstração do dano — nem, nestas hipóteses, esta possibilidade poderia encontrar a sua justificativa na inestimabilidade dos bens pessoais.

6 — A solução do problema presuppõe um apelo à doutrina do ressarcimento do dano.

De um ponto de vista naturalistico, as consequencias de um evento danoso são multiplas e isso sob um duplo aspecto: o dos sujeitos que possam ser prejudicados por um mesmo evento; o das consequencias que o mesmo evento pode ter para cada pessoa.

O direito, ao disciplinar o ressarcimento dos danos, contratuais ou extra-contratuais, limita o ressarcimento somente a *algumas* das consequencias do evento danoso e isso sob ambos os aspetos, precedentemente considerados.

Em referencia às pessoas prejudicadas, nem todas são admitidas a fazer valer um direito ao ressarcimento.

Quais as pessoas que são admitidas a reclamar o ressarcimento, não está ainda seguramente esclarecido na doutrina. Existe nos direitos, à feição francesa, uma difusa tendência a não limitar o ressarcimento somente àqueles cujo direito subjetivo foi violado, mas a admitir que mesmo as violações do direito objetivo dão lugar ao ressarcimento dos danos a favor daqueles cujos interesses (ainda que não constituam direitos subjetivos) são lesados (33). Não está porém previsto geralmente quais são estes interessados (34) (35).

Com referência às consequências para cada pessoa do evento danoso, é frequente na tradição francesa o princípio

(33) E' por isso que, em materia de ressarcimento de danos por homicidio, opinam muitos que o direito ao ressarcimento não cabe aos herdeiros *jure hereditario*, mas — *jure proprio* — aos que viviam a cargo do assassinado. A mais profunda indagação sobre o problema se encontra em CARNELUTTI, *Infortuni*. Roma, Athenaeum, 1908.

(34) A fórmula do artigo 1382, francês; 1151, italiano; como também, agora, os arts 151 e 152 do ante-projeto brasileiro das obrigações, parecem concernir a todo ato culposo que tenha causado dano, violando a lei ou os bons costumes, mesmo sem violar um direito subjetivo alheio.

No direito alemão, no parágrafo 823, são distintamente consideradas as violações do direito subjetivo e as de mero direito objetivo.

No direito suíço, no art.º 41 do código das obrigações, considera-se, de um lado, a violação da lei (ainda que não importe em violação de direito subjetivo), e, de outro lado, a dos bons costumes (que só importa em ressarcimento quando dolosa).

A melhor exposição resumida desses problemas se encontra na obra fundamental de VON TUHR, *Der allgemeine Theil des Buerg. Rechts*, 1913-1918, 3 vols. (na Enciclopedia Binding, edição Duncker & Humblot) a qual resume toda a doutrina alemã até à guerra de 1914-18 e pode, por isso, constituir um ponto de partida nas questões dogmáticas, particularmente cuidadas na doutrina alemã. A obra do mesmo autor, traduzida em francês, *Partie générale du code fédéral des obligations* (2.ª edição, Lausanne, 1933), resume e, em parte, completa a obra maior, precedente, particularmente com respeito ao código suíço Cf., ali, página 324 e seguintes, do vol I, no que concerne ao ressarcimento dos danos.

(35) CARNELUTTI, *Danno e reato*, opina que o direito ao ressarcimento pode caber somente aos interessados "diretos e imediatos", utilizando, assim, o critério ditado nos códigos para a delimitação dos danos ressarcíveis na responsabilidade contratual e que, na tradição francesa e italiana, é também aplicado nos danos extra-contratuais.

que são ressarcíveis somente os danos diretos, imediatos e, se culposos, previsíveis (36).

Para os fins que temos em vista, basta observar que tais limites se referem ao dano ressarcível segundo as disposições de lei, sem excluir para as partes a possibilidade de estabelecer que o ressarcimento deve ter lugar dentro de limites mais amplos de que os legislativamente previstos.

7 — É conhecida a distinção tradicional entre dano emergente e lucro cessante.

Menos frequentemente destacada, mas não menos conhecida, é a distinção entre lucro cessante e benefício esperado, ou, si se preferir, a distinção, no âmbito do lucro cessante *lato sensu*, entre o lucro cessante *stricto sensu* e o benefício esperado. De um modo geral, inclue-se no ressarcimento tanto o dano emergente como o lucro cessante; nem sempre se inclue o benefício esperado, porque, geralmente, é mais difícil para o credor demonstrar que a falta de sua realização constitua uma consequência imediata e direta do fato danoso.

Mas, ainda nesse caso, devemos perguntar: quando as partes tenham pactuado que o ressarcimento deve compreender também o benefício com o qual o credor podia razoavelmente contar, já não estaremos, talvez, no âmbito do ressarcimento dos danos? Ao meu ver também neste caso há um ressarcimento dos danos. Na realidade, a diferença entre lucro cessante e benefício esperado é mais uma diferença de grau que de natureza: lucro cessante é o ganho que se tinha o direito de auferir e que, por isso, se teria auferido, a não ser em circunstâncias excepcionais;

(36) Código italiano, 1228, 1229; francês, 1150, 1151. O limite da ressarcibilidade aos danos diretos e imediatos costuma ser, por muitos, estendido também aos danos extra-contratuais; não assim o da previsibilidade. No código brasileiro, a liquidação dos danos extra-contratuais é disciplinada analiticamente, para as várias hipóteses, nos arts. 1537 e seguintes; a dos danos contratuais compreende o que o devedor efetivamente perdeu e o que razoavelmente não ganhou (art.º 1059), como consequência direta e imediata (art.º 1060) do ato ilícito, e só limitadamente aos lucros previsíveis, quando a inexecução da obrigação consiste na falta de pagamento no momento e na forma devida (art. 1059, parág. 1).

benefício esperado é o que não se tinha o direito de auferir, mas razoavelmente se teria podido obter.

A diferença entre o ressarcimento legal e o ressarcimento total é mais acentuada com referencia ao lucro cessante ou ao benefício esperado dos instrumentos de produção, os quais podem desenvolver sua atividade por um longo período de tempo (37).

A. danifica as máquinas de B., o qual, por isso, não pôde realizar um lucrativo contrato já concluído pela venda dos seus produtos, nem concorrer a outros negócios, deixando pois por muito tempo fechada a sua fábrica, com perda da clientela etc.

No encadeamento das varias consequencias do fato danoso, o direito intervem para limitar a ressarcibilidade às simples consequencias imediatas e diretas, de maneira que o ressarcimento de B. será, na realidade, somente parcial quanto maiores eram os benefícios mediatos e indirectos que ele esperava tirar de suas máquinas.

Mas, estaríamos fora do âmbito do ressarcimento dos danos, si tais benefícios fossem ressarcidos, ou si as partes pactuassem o seu ressarcimento?

8 — Na conexão das varias consequencias danosas não é difficil perceber um grau diverso de segurança, relativamente à possibilidade de afirmar a relação de causalidade.

Esse diferente grau de segurança se exprime no fato de que, muitas vezes, o nexo causal só pode ser afirmado como probabilidade.

E' o que se verifica mesmo no dominio do dano emergente. Tanto em relação à influencia das concausas, como, quando requerida, à previsibilidade do dano, deve-se adotar, em substancia, criterios de "normalidade" e, portanto, de probabilidade.

(37) O célebre exemplo de POTHIER, *Obligations*, n.º 166-167, donde deriva a determinação dos limites dos danos ressarciveis nos direitos de tipo francês, referia-se justamente a danos em animais e, portanto, em instrumentos de produção.

E' o que se verifica, em maior medida, com o lucro cessante, cujas normas probatorias sempre foram, de fato, discutidas na doutrina (38).

E' o que se verifica, sempre, com os danos "futuros", os quais tambem são ressarciveis (39), mas a cujo respeito nunca se poderá falar, a rigor, de "segurança" de sua verificação (como em relação aos passados), mas somente de suma "probabilidade", pelo fato mesmo de serem futuros.

E' o que, em medida tambem maior, se verifica, em relação ao beneficio esperado.

Daí a tendencia natural para determinar *a priori* a cifra do ressarcimento, tendencia tanto mais acentuada quanto mais arduo é o problema probatorio (40).

Essa tendencia é, pois, ainda mais natural quando o ressarcimento deve concernir não só ao dano emergente, mas tambem ao lucro cessante, ou mesmo ao beneficio esperado. A uma avaliação concreta do dano sucede, assim, uma avaliação abstrata, para usarmos da terminologia da doutrina alemã.

A avaliação abstrata do dano apresenta-se, por sua vez, em posição bem diversa em relação ao conceito do ressarcimento do dano, conforme a hipótese de fato concirna ao ressarcimento do dano emergente, ao do lucro cessante ou ao do beneficio esperado.

Com efeito, no primeiro caso, pelo menos normalmente, é possível um cálculo objetivo do dano, e, portanto, a avaliação abstrata será inferior ou superior à realidade, podendo a ordem jurídica ser portanto levada a aumentá-la ou reduzi-la. A avaliação abstrata do dano, em tal hi-

(38) Cf., recentemente, GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in *Annali R. Università di Perugia*, 1925, e, na doutrina mais antiga, F. MOMMSEN, *Beitrag zur Obligationslehre*, 1875.

O código brasileiro, art.º 1059, estabelece, com acerto, em materia contratual, a responsabilidade por aquilo que efetivamente perdeu o credor e por aquilo que razoavelmente não lucrou.

(39) Cf. COLIN et CAPITANT, *Traité II*, pág. 174.

(40) Essa tendencia é, aliás, conhecida no direito tradicional, com o instituto da cláusula penal.

pótese, pode, pois, revelar-se em contraste com o proprio conceito do ressarcimento do dano.

Ao contrario, no segundo caso, será normalmente impossivel chegar a uma avaliação concreta do dano que possua os requisitos de segurança, ou ao menos de suma probabilidade, que permitem afirmar que a avaliação abstracta se acha em contraste com o conceito mesmo do ressarcimento do dano. Por conseguinte, a reacção da ordem jurídica só caberá em hipóteses excepcionais e diante de uma desproporção particularmente notavel.

Neste segundo caso, portanto, não só a avaliação abstracta será praticamente preferida à avaliação concreta, como não se achará, si não excepcionalmente, em contraste com o conceito mesmo do ressarcimento do dano, ao contrario do que acontece no caso precedente.

Tal preferencia é tanto mais acentuada quanto mais o dano atinge instrumentos de produção susceptiveis de proporcionar, nos varios momentos, ganhos muitos diversos.

E' possivel, naturalmente, nessa ultima hipótese avaliar o ressarcimento com referencia ao ganho no momento do sinistro e, portanto, ficará o ressarcimento limitado ao lucro que, suposta a continuação da mesma capacidade de ganho, veio a faltar em consequencia do sinistro. E' obvio, porem, que não contraria em absoluto o conceito do ressarcimento do dano a consideração do maior lucro que, no correr do tempo, teria sido realizado através do aumento da capacidade de ganho da fonte produtora danificada pelo sinistro.

Essas considerações podem, a rigor, ser applicadas a qualquer instrumento de produção (máquinas, animais, homens), mas é evidente a sua peculiar relevancia quando applicadas às pessoas humanas cuja capacidade de ganho costuma mudar, no correr do tempo, em medida particularmente notavel.

Limitando o ressarcimento, nesse caso, ao lucro do qual o sinistrado ou os seus dependentes ficam privados

em relação aos ganhos do sinistrado no momento do sinistro, tem-se em vista, na realidade, uma avaliação que, embora recomendável por sua simplicidade (41), não pode em absoluto dizer-se seguramente correspondente ao dano acarretado.

Não está, portanto, em absoluto, em contraste com o conceito do ressarcimento do dano o admitir-se uma avaliação diversa, a qual leve justamente em conta a eventualidade de futuras mudanças nos ganhos do sinistrado, e é evidente que admitindo-se a possibilidade dessa avaliação diversa admite-se a possibilidade de avaliar o dano em uma soma abstrata.

Isso acontecerá ainda mais, não se querendo prescindir das qualidades pessoais que, embora sem um valor patrimonial facilmente avaliável, não poderiam ter negado o seu valor e o próprio valor patrimonial, como a beleza do corpo ou a saúde.

E' obvio que, nessas hipóteses, só através de uma avaliação abstrata se pode ressarcir, ou melhor, reparar, o dano (42), tendo tal reparação não somente a função de um *pretium doloris*, mas também a de reparar os benefícios que, no terreno patrimonial, esses bens teriam permitido realizar.

E' natural, pois, que o ressarcimento do dano pessoal dê lugar, enquanto as partes podem disciplinar *a priori* o ressarcimento, a uma avaliação abstrata, a qual não contraria, em absoluto, o conceito do ressarcimento do dano, mas é, antes, uma consequência do mesmo.

9 — As considerações precedentes nos autorizam a afirmar que, na medida em que o seguro possa ter por objeto um benefício esperado em geral, será possível re-

(41) Por isso, ela tem lugar, necessariamente, em matéria de responsabilidade civil (cód. bras., art.º 1.339) e de seguros sociais.

(42) Correlatamente pode-se lembrar que uma das funções da cláusula penal é a de avaliar *a priori* danos dificilmente avaliáveis concretamente, alcançando conseqüentemente, como observou IHERING, a proteção patrimonial mesmo de interesses não patrimoniais.

conhecer uma avaliação abstrata do dano, e que, por sua vez, uma avaliação abstrata do dano pode ser só excepcionalmente compatível com o ressarcimento do dano emergente, mas normalmente compatível com o ressarcimento do lucro cessante e ainda mais com o do benefício esperado (43).

10 — As considerações precedentes talvez bastem para oferecer ao leitor os elementos de demonstração da afirmativa que avançamos acerca da unidade do contrato de seguro como contrato de indenização em relação, nos seus varios ramos, respectivamente com a indenização do dano emergente ou do lucro cessante (ou benefício esperado).

Essa indenização concerne, como se disse, ou somente ao dano emergente ou somente ao lucro cessante (e benefício esperado) e só excepcionalmente a ambos, de modo que a avaliação do dano tem lugar, por força, nos varios ramos de seguro, ou concreta ou abstratamente, mas não pode ter lugar, no mesmo ramo, segundo esses dois criterios ao mesmo tempo.

A) A tese por nós proposta não encontra, naturalmente, dificuldade no que respeita aos seguros contra danos ás cousas; constitue antes, nesse caso, o ensinamento comum. Tal ensinamento põe tambem em evidencia que a indenização assegurada não cobre, em principio, nessa hipótese, nem o lucro cessante, nem o benefício esperado. Sabe-se que, tambem em materia de dano emergente, surgem dificuldades ultteriores para a delimitação do “valor” da coisa, o qual se deve ter presente para os fins do res-

(43) A relação entre seguro do lucro cessante e do benefício esperado por um lado e seguro contra accidentes por outro já foi sustentada por VALERI, *Rivista di Diritto commerciale*, 1909 II, 535 e por mim frizada em *Assicurazioni*, 1937, fasc. 4-5. Uma referencia ao benefício esperado como objeto do seguro de vida em DONATI *Assicurazioni*, 1937. Da vida como “energia produtora”, objeto do reguro de vida, fala, por sua vez, CLOVIS BEVILAQUA.

Do lucro esperado nos seguros falam, em linha geral, o código holandês, art.º 242, e o argentino, art.º 492, mas parecem referir-se à hipótese do seguro do lucro esperado antes no seguro sobre as coisas do que no seguro sobre as pessoas.

sarcimento. Valor objetivo ou valor subjetivo? e — optando, como geralmente acontece, pelo valor objetivo — valor de mercado, ou valor de uso? Essas perguntas traduzem, em substancia, em materia de seguros contra danos, a tendencia natural para adotar criterios objetivos de calculo do dano. Essa tendencia encontra sua natural explicação na sinalagmaticidade do contrato de seguro. A obrigação do segurador de pagar a indenização corresponde a do segurado de pagar o premio, e este só pode ser calculado na medida em que existam criterios objetivos para a apuração do dano e, por isso, para a determinação da indenização.

Essas observações explicam porque, em materia de seguros contra danos às coisas, há uma relutancia prática e legislativa em admitir a segurabilidade do beneficio esperado. Ele não é normalmente avaliavel com segurança por via objetiva, e, por isso, o seu ressarcimento é admitido — quer o limite resulte diretamente da lei, quer resulte da praxe contratual — somente para aqueles beneficios esperados que são de facil e objetiva avaliação (44).

Isso explica, tambem, a excepcionalidade com que, em materia de seguro sobre as coisas, se adota a avaliação abstrata do dano. O exemplo tradicional dessa avaliação é o da cláusula “valha ou não” no direito marítimo, que, por sua vez, acha explicação na peculiar dificuldade que pode encontrar o ajuste do dano nos sinistros marítimos (45).

(44) Por exemplo, o maior valor da coisa no lugar de destino; a renda bruta de um predio, mesmo independentemente do seguro do pagamento do aluguel por parte do inquilino que a isso se obrigou (seguro, este ultimo, da solvabilidade do inquilino).

(45) A validade dessa cláusula é discutida no direito francês e no italiano, onde ela tende a ser admitida na jurisprudencia, ao passo que a doutrina muitas vezes ensina que ela não impede que o segurador calcule o real valor da coisa considerada no momento do sinistro, de maneira que a clausula não faria, em substancia, sinão tornar relevante o momento do sinistro, em lugar do da conclusão do contrato, na avaliação da coisa.

Nos artigos 693 e 701 do código comercial brasileiro, nega-se valor particular a essa clausula, mas, por outro lado, admite-se em geral em certos limites a eficacia da determinação convencional do

B) O seguro para o pagamento de uma soma na eventualidade de nupcias, nascimento de um filho e fatos semelhantes, constitue, ao meu ver, um seguro do dano emergente e não justifica integralmente sua disciplina, a tendencia corrente para confundi-lo com o seguro de vida, esquecendo o aspeto precedente.

Nascimento e matrimonio constituem, economicamente, um “aumento de despesa”; são acontecimentos que importam em maior necessidade de dinheiro e, por isso, numa despesa que o seguro relativo visa a reparar. A ordem jurídica não é, de respeito, insensivel a esse ponto de vista, quer na sua organização tradicional, considerando muitas legislações como uma obrigação natural a dos genitores dotarem os filhos, quer nas normas, agora numerosas, de que ao matrimonio ou ao fato de ter filhos se confirmam premios, isenções fiscais, etc..

Esse aumento de despesa não pode, porem, ser concretamente avaliado e deve, por isso, ser avaliado abstratamente em uma soma fixa, determinada *a priori* e devida independentemente da indagação do montante preciso desse aumento de despesa nos varios casos concretos. Tal circunstancia torna esse ramo próximo do do seguro de vida e, mais geralmente, do do seguro de pessoas.

A possibilidade de considerar esses ramos como análogos ao seguro de vida resulta, pois, da circunstancia de que o pressuposto da verificação do evento ao qual está subordinado o direito de indenização é obviamente constituido pela vida do beneficiario, e, por isso, tal elemento deve ser tomado em consideração no cálculo de probabilidade que preside à determinação do premio, paralelamente ao que sucede nos seguros de sobrevivencia.

Mas, seria erroneo esquecer, por isso, a consideração precedente. Na verdade, é facil acentuar que, mal a soma asegurada vai além dos limites impostos por essa conside-

valor da coisa, podendo o segurador tão somente provar que a coisa valia, no momento da conclusão do contrato, no minimo um quarto menos.

ração, a companhia seguradora caminha para a falencia, porque não poderá impedir o matrimonio ou a procriação por parte do segurado, interessado em provocar o risco considerado.

Isso demonstra que, também nesses ramos de seguro, seria ingenuo prescindir da subsistencia do interesse do segurado em que não se verifique (46) o evento segurado, porque de outra forma desaparece a propria possibilidade técnica do seguro.

Essa consideração explica porque a praxe seguradora, em geral, só conclue esses contratos para indenizações modestas (ao menos em relação à condição econômica do beneficiario), justamente para impedir que o beneficiario não contraia nupcias sinão para lucrar a indenização e que esta possa constituir um verdadeiro “lucro” para o beneficiario, isto é, uma vantagem bem maior que o aumento de despesa consequente às nupcias.

E’ verdade, porem, que a lei prescinde da demonstração desse interesse, ao decidir a validade do contrato. Substancialmente, a subsistencia do interesse é legislativamente presumida, ao contrario do que succede nos seguros sobre as coisas, e, analogamente, do que succede, como veremos, em todas as hipóteses de seguros para o caso de sobrevivencia. É, pois, a praxe contratual que deve, na cautela da redação dos contratos, evitar esse perigo.

É subsequentemente a praxe contratual que deve frizar nesses casos, através da configuração concreta do contrato, a sua distinção do jogo, uma vez que o legislador não exige a demonstração da subsistencia do interesse seguravel, mas se limita a presumi-lo.

Fundadamente, parece-me que se pode falar de presunção desse interesse (47) por parte do legislador, porque

(46) Naturalmente, sob o aspeto da relação com a companhia e despesa provocada pelo evento!

(47) No sentido indicado na nota precedente.
de seguros e, portanto, da comparação entre indenização assegurada

sem dúvida tal interesse subsiste na generalidade dos casos. E' somente partindo dessa presunção que se compreende, em contraposição ao jogo, a formação desses ramos de seguro e a razão do seu reconhecimento jurídico.

C) O seguro da responsabilidade civil visa, por seu turno, ressarcir o segurado do que, para o patrimonio deste, é um dano emergente (isto é, a obrigação de ressarcir, por sua vez, o dano provocado).

Pode-se observar que a soma que para o patrimonio do segurado (por sua vez responsável para com o terceiro) é um dano emergente, pode corresponder, ao contrario, no todo ou em parte, a um lucro cessante, si considerada na relação entre segurado responsável e terceiro prejudicado.

Essa observação permite afirmar que pode ser diverso o dano que deve ser ressarcido por um primeiro responsável pelo seu ressarcimento e por aquele que é, por sua vez, responsável para com o primeiro.

Por isso, não há nada de estranho em admitir que uma indenização seguradora, que numa primeira relação constitue ressarcimento de um lucro cessante, constitua, ao contrario, numa segunda relação, ressarcimento de um dano emergente.

Fica, pois, superada a objeção que nega ao resseguro o caracter de seguro da responsabilidade do segurador, com base na observação de que a indenização devida pelo segurado pode ser uma indenização de seguro de vida e não pode, por isso, corresponder, por parte do ressegurador, a um seguro contra danos. Essa consideração se revela inútil em face das observações precedentes, de modo que se confirma o conceito do resseguro como seguro da responsabilidade contratual do segurador para com o segurado (48).

(48) Seguro de responsabilidade civil e resseguro dão ambos lugar a três ordens peculiares de problemas, que me limito, aqui, a recordar, citando, para sua ilustração, as minhas notas em *Assicurazioni*, 1934/37, assim como os estudos de DEMOGUE e GRECO (sobre a ter-

11 -- Um segundo grupo de ramos de seguro concerne ao seguro, e por isso ao ressarcimento, do lucro cessante e do benefício esperado.

Ao contrario do que normalmente acontece no ressarcimento do dano emergente, a determinação da indenização verifica-se *a priori*, através da fixação de uma soma que constitue a indenização devida pelo segurador, quando se verifica o sinistro considerado, independentemente de qualquer exame do dano concreto. A avaliação do dano é, pois, feita de maneira abstrata, e já foram recordadas as razões que justificam esse modo de avaliação, em materia de ressarcimento do lucro cessante e do benefício esperado e que excluem, nesse caso, a contradição com o conceito do ressarcimento do dano, com a qual se choca, ao contrario, pelo menos normalmente, a avaliação abstrata do dano em materia de dano emergente.

ceira questão) e de GRAZIANI e AZZARITI (sobre a segunda), todos na mesma revista:

a) o de prazo inicial da prescrição da ação do segurado contra a responsabilidade civil e do ressegurado;

b) o da subsistencia ou não de uma ação direta ou de um privilegio do terceiro ou do segurado para com a indenização devida pelo segurador (no primeiro caso) ou pelo ressegurado (no segundo caso);

c) o da validade de todas ou algumas das cláusulas graças às quais o segurado (ou o ressegurado) assume (para com o segurador ou o ressegurador) a obrigação (ou o onus) de observar uma determinada conduta para com o terceiro (proibição de transigir; proibição de revelar o seguro; proibição da chamada em garantia; obrigação de conduzir o processo segundo as diretivas do segurador; e assim por diante).

Sobre o seguro de responsabilidade civil, em geral, cfr. o volume de VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milão, Giuffrè, 1936.

Sobre resseguro, o clássico volume de EHRENBERG, *Rueckversicherung*, e, na doutrina italiana, os de PERSICO e de GRAZIANI, bem como os estudos de VIVANTE, *Foro It.*, 1928,, e de SALANDRA, *Assicurazioni*, 1934, 1,314. Esses autores, em contraste com a opinião talvez dominante, J. SRAZIANI, *Assicurazioni*, 1935, 1,302 encaram no resseguro um novo seguro do mesmo risco já segurado.

Sobre a distinção entre resseguro e cessão do contrato de seguro (ou da massa dos contratos de seguro; a chamada cessão de carteira), cf. os estudos de VIVANTE e E. FINZI na *Rivista di diritto commerciale*, 1932, 1,656 suscitados pelas disputas jurisprudenciais surgidas por ocasião da falecencia da companhia San Giorgio.

A) A primeira modalidade de seguros que sob este aspeto merece consideração é a do seguro contra acidentes (infórtunios, doenças). É fácil deduzir que esse seguro não considera tanto o dano emergente do sinistrado (despesas de médico, hospital, etc.) (49), quanto o seu lucro cessante e benefício esperado, isto é, a sua temporaria ou definitiva, total ou parcial, incapacidade para o trabalho, e que é esse o dano que a indenização pretende reparar.

A avaliação dessa soma é deixada à vontade das partes nos seguros privados, justamente porque de outro modo ela seria praticamente impossível, e a avaliação do dano é, portanto, feita abstratamente, numa soma determinada *a priori* para as varias hipóteses.

Nos seguros sociais, tal soma é geralmente determinada em função dos ganhos do sinistrado no momento do sinistro. Ela é, pois, limitada ao que poderia dizer-se o lucro cessante em sentido restrito, não compreendendo o benefício esperado, isto é, a melhoria da posição econômica do sinistrado. Esse limite é bem natural, dado o fato de que, no mecanismo do seguro social, os premios e as indenizações devem ser iguais para trabalhadores nas mesmas condições, de maneira que só podem ser considerados os ganhos no momento do sinistro.

B) Não é diferente, ao meu ver, a situação nos seguros de morte (50).

(49) Quando separadamente consideradas, tais despesas são indenizadas à parte e a indenização é naturalmente avaliada concretamente, em relação às somas efetivamente gastas.

(50) Refiro-me ao chamado seguro "puro" por motivo de morte, isto é, àquele no qual ao pagamento do premio não corresponde outro direito a não ser o de obter no caso de morte o pagamento de uma indenização.

Na prática italiana esse seguro é pouco conhecido, pois que as formas mais em voga são as chamadas "mistas", que importam no direito à indenização, quer no caso de morte, quer no caso de sobrevivência depois de um certo lapso de tempo (por exemplo, 20 ou 25 anos)

O seguro "puro" é estipulado para um determinado periodo de tempo (por exemplo, 10 anos) ou é renovavel tacitamente cada ano (cf. VITERBO op. cit.) e o beneficiario tem direito à indenização quando a morte se verifica nesse periodo.

Para induzir a aproximar as duas formas, concorre, aliás (51), uma observação obvia: a de que o seguro contra infortunios (e o mesmo poderia suceder com o seguro contra enfermidades no desenvolvimento da praxe contratual deste ramo) pode compreender também a morte em consequencia do infortunio segurado. Em substancia, ao passo que no seguro por motivo de morte o risco segurado é “a morte” por qualquer motivo ocorrida (52), no seguro contra os infortunios o risco segurado pode ser qualquer consequencia danosa (morte, invalidez temporaria, invalidez permanente, invalidez total ou parcial) que derive do infortunio involuntario ou dum infortunio involuntario devido a determinada causa.

O seguro por motivo de morte corresponde ao conceito do lucro cessante (e do beneficio esperado), justamente porque a morte importa na impossibilidade de realizar os ganhos que, continuando a vida, poderiam ter sido auferidos. E', pois, natural em cada um o desejo de evitar essas consequencias de uma morte prematura e assegurar-se de que o proprio patrimonio seja acrescido dos lucros que uma vida mais longa teria permitido realizar (53). Não so-

São os seguros no caso de morte que também mais frequentemente, costumam ser feitos sobre pessoa diversa do estipulante.

E' evidente, aliás, que as regras proprias das formas “puras” de seguro constituem a base das regras das formas “mistas”

(51) Prescindindo das observações que possam ser fundadas na classificação adotada por um determinado legislador e que, por isso, não têm valor geral.

(52) Salvo algumas exceções, p. ex. o suicidio voluntario, si bem que a praxe das apólices, em muitos paises, a cobrir o suicidio, quando este ocorre após um certo periodo de eficacia do contrato, considerando que o suicidio, nesta hipótese, não pode ser pre-ordenado.

Geralmente, também está compreendido no seguro por motivo de morte, ao contrario do que sucede com o seguro sobre as coisas, quando não seja estipulada uma clausula especial a respeito — o risco de guerra, que costuma, todavia, ser excluido por especiais providencias legislativas, depois desta irrompida.

(53) Objeta-se que, na realidade, para quem ganha somente o que gasta (ou ainda menos), a morte prematura não significa a perda de uma possibilidade de aumento patrimonial. Mas, essa consideração pressupõe que não se possa, legitimamente, contar com o aumento dos proprios ganhos.

Ao falar de “lucro cessante” e “beneficio esperado”, excluo implicitamente que o seguro por motivo de morte possa reparar o dano

mente por isso há um ato de providencia e a previsão de uma eventual necessidade futura no momento da conclusão do contrato, mas há, mais precisamente, um dano como consequencia do sinistro, dano que é sofrido pelo segurado, ou melhor, pelo seu patrimonio (54).

C) E' obvio, todavia, que esse "beneficio esperado" não pode ser atribuido à mesma pessoa sobre cuja vida é feito o seguro, mas necessariamente a um terceiro. O estipulante pode, por isso, estabelecer diretamente o contrato em favor de um terceiro, imediata ou posteriormente designado. E' essa situação aquela da qual partiram os críticos da tese acima sustentada, frizando que o terceiro (beneficiario) pode fazer valer o seu direito à indenização independentemente do proprio interesse à vida do *de cuius* ou de qualquer dano sofrido por morte deste.

A observação é exatissima: o beneficiario é excluido do seguro quando tenha provocado o acidente (55), mas não deve demonstrar interesse pela vida do segurado, nem o seu direito à indenização está subordinado à subsistencia de um dano como consequencia da morte do segurado.

Esta pode, antes, constituir para ele, até, economicamente, uma vantagem, livrando-o de uma pessoa que antes vivia por sua conta ou deixando-lhe, independentemente do seguro, uma herança mais ou menos pingue. E então, dir-se-á, onde está o dano do beneficiario, ou o seu lucro cessante?

Na verdade, de dano ou lucro cessante, ou beneficio esperado do beneficiario, seria impossivel falar nessas hipóteses!

constituído pelo "gozo dos bens da vida terrena", ao qual se refere, no comentario ao art.º 1440, CLOVIS BEVILACQUA.

Esse dano é, com efeito, estritamente pessoal, e nem pode portanto, a meu ver, dizer-se jamais indenizado pelo pagamento de uma soma a pessoa diversa, ao contrario do que sucede com o dano constituído pela falta de incremento patrimonial, que é reparado pelo pagamento destinado àquele ao qual esse incremento patrimonial, quando realizado, teria aproveitado através de uma atribuição do *de cuius* ou das regras successorias.

(54) Dano que, tambem, é sempre do segurado, enquanto *momentum mortis vitae tribuitur*.

(55) Cf. art.º 79 da lei francesa de 13 de julho de 1930.

Mas, o problema se esclarece, recorrendo a uma ordem mais completa de considerações.

O terceiro beneficiário goza, de fato, de um direito autônomo (56), mas este é, em todo caso, sempre fundado no contrato concluído pelo estipulante: a justificação do seu direito se encontra na vontade do estipulante e é a ela que deveríamos recorrer para saber si tal atribuição é a título gratuito — como na generalidade dos casos — ou a título oneroso, como não está excluído (57).

Tanto isso é verdade que é frequente a aplicação à capacidade do beneficiário das normas que regulam a capacidade de adquirir por doação ou sucessão (cf. por exemplo, art. 1.474 do código civil brasileiro).

Tanto isso é verdade que é constante, em todas as leis, a sujeição às normas que concernem à redução das doações das somas gastas pelo estipulante a título de premio.

Si, por um lado, a consideração de que só essas somas saíram do patrimonio do estipulante, ao passo que a indenização constitue um direito proprio do terceiro, permite submeter essas somas (e não a indenização) à redução eventual da doação (58), por outro essa possibilidade de redução demonstra que, como é obvio, o direito do terceiro encontra não somente a sua fonte no contrato concluído pelo

(56) Tal é a teoria hoje dominante em materia de contrato em favor de terceiros.

(57) O que poderá ser relevante em relação à revogabilidade da atribuição (art.º 1473 do cód. civ. bras.), a qual deve ser admitida em principio, assim como a respeito dos problemas que ora indicaremos sobre a capacidade do beneficiário, a redução da atribuição, etc.. Sobre a eventualidade de um seguro em favor de terceiros a título oneroso, cf. M. STOLFI, *L'Assicurazione vita a beneficio di terzi*, Milão, 1936.

(58) Cf. cód. it., art.º 453; português, art.º 460; Argentina, lei de 11 de agosto de 1900, n.º 3942; para o Brasil, CLOVIS BEVILACQUA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., 1936, pág. 392. Na lei francesa de 13 de julho de 1930, art.º 68, a redução das somas pagas a título de premio é admitida somente quando estas sejam manifestamente exageradas em relação aos recursos do estipulante.

Como a indenização constitue um direito proprio do beneficiário, ela não responde pelas dívidas do estipulante (art.º 1475, cód. bras.).

estipulante, mas em uma atribuição feita por este último ao beneficiário.

Por isso, é bem natural que a lei não faça referencia a uma necessidade do beneficiário, porque isso estaria em contraste com a circumstancia de que o direito do beneficiário encontra aqui justificativa na atribuição por parte do estipulante.

Este, em substancia, através do mecanismo do contrato em favor de terceiro, desempenha uma atribuição em favor do beneficiário.

Parece-me, portanto, explicada a razão pela qual, no seguro de vida em caso de morte, se prescinde de uma necessidade do terceiro beneficiário.

Pode-se, ao contrario, afirmar que esse seguro visa reparar um dano (sob o aspeto do lucro cessante e do beneficio esperado) do estipulante — segurado (59), e é neste, portanto, que deve subsistir o interesse seguravel.

A justificação da indenização se encontra justamente na avaliação abstrata do lucro do qual o patrimonio do estipulante vem a ser privado em consequencia da morte.

A soma correspondente pode, pois, ser atribuida pelo estipulante a um terceiro, quer a titulo gratuito, quer a titulo oneroso, e a atribuição pode ter ou diretamente por objeto essa soma (60), ou ao contrario ser realizada através dum contrato em favor de terceiros (61).

Si essa atribuição não tem lugar, a soma é pertinente aos herdeiros (62), analogamente ao que succede, em geral, com o patrimonio do *de cuius*.

A hipótese do seguro em favor de terceiro não está, por isso, em contraste com a consideração do seguro em caso

(59) Voltaremos dentro em pouco à distincção entre estipulante e segurado e aos problemas respectivos.

(60) Por exemplo, por meio de legado tendo por objeto a indenização assegurada.

(61) E é a hipótese normal.

(62) V. art. 1473 do cód. civ. brasileiro.

de morte, como um seguro do lucro cessante (ou benefício esperado).

Essa consideração explica, antes, uma praxe constante, cuja justificação não se acharia talvez de outro modo; a tendência das companhias de seguros de não aceitar contratos de seguro de vida em somas em desproporção manifesta com a posição econômica do estipulante.

Tal praxe não acha explicação em considerações atinentes à solvabilidade do estipulante (63), mas na consideração de que, além de um certo limite, a desproporção entre a indenização estipulada e a posição econômica do estipulante faz desaparecer a justificação do seguro e faz nascer a suspeita de que o estipulante não tenha um interesse contrario à verificação do sinistro, mas antes seja levado a desejá-lo e provocá-lo.

D) Nos seguros sociais, o direito à indenização não acha sua fonte em uma atribuição por parte do estipulante, mas em uma atribuição por parte da lei, e, por isso, ele é subordinado à subsistência de um dano do beneficiário. A indenização é, portanto, atribuída pela lei aos que viviam por conta do segurado ou aos que, si não outro, se podem presumir efetivamente prejudicados pela morte deste.

Por outro lado, como já notamos em relação ao seguro contra acidentes, a indenização é proporcionada aos ganhos do segurado no momento do sinistro, e portanto, considera somente o lucro cessante em sentido restrito, e não também o benefício esperado.

E) As considerações precedentes permitem afirmar a necessidade de um interesse do estipulante pela vida do segurado. Esse interesse, como se sabe, é geralmente exi-

(63) O pagamento do premio é, com efeito, antecipado, e a falta de pagamento importa, segundo uma praxe constante, na suspensão do contrato.

Aliás, praticamente, as companhias consideram que o pagamento do premio só pode ser voluntario e constitue, não uma obrigação do segurado, mas um onus ao qual está subordinado o seu direito à indenização.

Essa concepção foi aceita na lei francesa de 13 de julho de 1930 sobre os seguros, que não reconhece às companhias o direito de agir para o pagamento do premio do seguro de vida.

gido nas varias legislações para a validade do seguro de vida (64). Ele é justamente estabelecido para a hipótese em que o seguro seja contratado sobre a vida de pessoa diversa do estipulante (65), mas é obvio observar que, no caso do seguro sobre a propria vida, ele é *a priori* suposto como subsistente, com uma presunção da qual não se poderia honestamente negar o fundamento.

As considerações precedentes permitem entender porque esse interesse é requerido no estipulante (e não no beneficiario) e superar, portanto, a consideração que parte da referencia ao estipulante e não ao beneficiario do interesse seguravel no seguro de vida, para negar a analogia

(64) Cf. art.º 449, it.,; 549, argentino; art.º 1472, do cód. civ. brasileiro.

O parágrafo único desse artigo pressupõe justamente a subsistencia do interesse no caso de seguro sobre um ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. No comentario de CLOVIS BEVILACQUA a justificação da norma é posta no vinculo afetivo e, portanto, na normal subsistencia dum interesse moral. Mesmo do ponto de vista patrimonial, todavia, subsiste normalmente nesses casos um interesse que justifica a presunção.

O art.º 109, D. 2063 de 7 de março de 1940 proibe os seguros sobre a vida dos menores de 14 anos.

(65) É a hipótese historicamente originaria do seguro de vida. Esta, com efeito, provavelmente surgiu com um seguro sobre a vida dos escravos.

Um dos casos atuais mais interessantes é o seguro do credor em caso de morte do devedor. Costumam-se contrastar as teses do texto, recordando a jurisprudencia que estabelece que a indenização nessa hipótese é devida, mesmo quando o devedor tenha pago o seu débito. Decisões justas, mas que, ao invés de contrastar, confirmam as nossas teses.

Com efeito, o credor que se segure sobre o proprio devedor, em relação ao pagamento da dívida, não se segura sobre a vida do devedor, mas sobre a solvabilidade deste; é evidente, então, que o pagamento da dívida exclue a possibilidade de reclamar a indenização do seguro.

Ao segurar-se sobre a vida do devedor, o credor quer, na realidade, garantir-se não tanto o pagamento de uma divida, mas uma fonte de lucro, em conformidade justamente ao que sustentamos. O caso mais frequente é o de seguro da vida de um bom empregado, — por exemplo, de um técnico especializado, — por parte do empregador. O empregado fica sempre, naturalmente, com a liberdade de demitirse, mas não é esse o risco contra o qual deseja garantir-se o empregador ao segurar-se sobre a vida do empregado; o empregador está, de fato, nessa hipótese, seguro da fidelidade do empregado, mas teme sua morte, justamente porque o empregado é “insubstituível”, e quer, portanto, com o seguro do empregado no caso de morte, reparar a perda de uma fonte de lucro.

dessa norma com a doutrina do interesse no seguro sobre as coisas.

O interesse do estipulante pode ser, como se sabe, um interesse moral (66), e também essa circunstancia foi adotada para criticar a possibilidade de aproximar (embora não esquecendo naturalmente as diferenças) a doutrina do interesse no seguro de pessoas com a do seguro sobre as coisas.

Esquece-se, ao meu ver, que a possibilidade de uma satisfação pecuniaria como “equivalente” de uma dor moral não constitue, na realidade, uma peculiaridade do contrato de seguro, qualquer que seja, nos varios direitos positivos, a solução dada ao problema geral do *pretium doloris* e da chamada reparação do dano moral (67).

O interesse, a meu ver, não deve ser reclamado somente no momento da conclusão do contrato (68).

(66) É dessa consideração, no fundo, que partem as leis que, (como a francesa de 13 de julho de 1930), se contentam com o consentimento escrito do segurado. Para perceber, todavia, a diferença entre as duas normas, basta ter presente o artigo 550, argentino.

(67) O problema do interesse propõe-se em termos análogos no já citado seguro de nupcias. Também este costuma, frequentemente, ser estipulado em favor de um terceiro, que é ao mesmo tempo o beneficiário do seguro e a pessoa em cuja vida se deve verificar o fato segurado (casamento). Em substancia, então, o contrato de seguro em favor de terceiros é o meio técnico para uma constituição de dote e poderemos reportar-nos às normas ora recordadas para o seguro de vida em favor de terceiros, pela medida em que sejam applicaveis às normas sobre a redução das doações.

Nessas hipóteses, a teoria do interesse (que, como vimos, deve subsistir, quer no estipulante, quer na pessoa em cuja vida deve verificar-se o evento considerado) adquire particular relevo quando considerada com referencia à pessoa em cuja vida deve verificar-se o evento considerado, porque, em substancia, é este que pode provocá-lo... sem ser detido, como na hipótese precedente, pelo espectro da morte.

Tambem aqui, a prática nos demonstra a importancia desse elemento, aceitando somente contratos que, ou pela qualidade ou pela idade do nubente, ou pelo prazo determinado, excluem o que seria de outro modo uma especulação... especialmente em países que facilmente admitem o divorcio.

(68) Idêntico é o principio no seguro sobre as coisas. Por isso deve ser reclamada a subsistencia do interesse no cessionario do contrato de seguro. Cf., explicitamente, art.º 57, lei francesa de 13 de julho de 1930.

Essa interpretação resulta do alcance que, em contraste com a teoria vivanteana, atribuímos à norma, alcance esse que, decidindo de outro modo, viria a dar em nada.

F) O seguro em caso de vida corresponde a um seguro que se pode dizer de velhice, como nos mais conhecidos seguros de sobrevivência, ou a um seguro para as necessidades que o segurado, sobrevivendo, terá em determinado momento futuro (por exemplo, para custeio dos estudos; no momento da sua maioridade).

No primeiro caso, o estipulante, mais do que a morte, teme *negram senectutem* (69) e, por isso, estipula um contrato graças ao qual, com o pagamento de uma soma menor que a que seria de outro modo necessária, assegura-se um capital ou uma renda para a própria velhice, perdendo (70), reciprocamente, a soma empregada, em caso de morte prematura. Ele não teme a morte, mas a velhice, e é este o fato “danoso”, e sem dúvida danoso na apreciação comum.

O dano consiste justamente na menor capacidade de trabalho e, por isso, de ganho, que é, sem dúvida, própria da velhice (71).

A velhice é a eventualidade “desfavorável” cujas danosas consequências são reparadas pelo seguro (72).

E’ obvio, todavia, o motivo pelo qual o interesse não é concretamente disciplinado, de vez que por um lado seria obviamente ilícito qualquer obstáculo aos esforços do beneficiário para alcançar uma vida mais longa, e, por outro lado, não foi descoberto o elixir-de-longa-vida que permitiria

(69) Raro como seguro privado, o seguro de velhice é, ao contrário, frequente como seguro social.

(70) Considero as formas puras e não as “mistas” (como, por exemplo, o seguro que tem em vista a morte e a sobrevivência).

(71) Também para quem ganha menos do que gasta, a velhice constitui sempre uma diminuição ulterior da capacidade de trabalho e de ganho.

(72) O segurador tem, por sua vez, interesse na “não-sobrevivência”, e isso explica porque, nessas formas de seguro, se prescinde do exame médico.

ao segurado, em tais hipóteses, tornar demais gravosa com a sua vontade a prestação do segurador (73).

Tambem nesse caso o seguro pode ser concluído em favor de terceiros; tambem nesse caso o estipulante pode ser pessoa diversa do segurado e podemos ir ter às mesmas considerações precedentemente desenvolvidas acerca do seguro em caso de morte.

Nessas hipóteses, o seguro pode tornar-se um jogo, justamente porque é nesse caso, bem mais que na hipótese do seguro no caso de morte, que o interesse não pode ser eficientemente disciplinado de maneira a servir como criterio de admissibilidade ou não do contrato (74).

Ao passo que nos seguros contra morte é frequente a estipulação do contrato em favor de um terceiro beneficiário, mas não é frequente a dissociação entre estipulante e segurado, nos seguros de sobrevivencia (75) é frequente tambem a estipulação do contrato em favor de um terceiro (76), mas praticamente raro que o beneficiário não seja o proprio segurado.

A praxe de seguros revela, assim, sua sensibilidade, ao excluir as hipóteses nas quais a consideração do interesse seguravel se tornaria evanescente, e indiretamente torna a corroborar o que expusemos sobre o fundamento geral do instituto.

G) Os seguros de sobrevivencia podem, antes que a menor capacidade de trabalho da velhice, visar, como se assinalou, a prover a necessidades excepcionais que costumam verificar-se em alguns momentos da vida ou a despesas extraordinarias previstas para determinadas ocasiões.

(73) Veremos, todavia, dentro em pouco, a importancia desse interesse.

(74) Com efeito, a norma que impõe que o estipulante tenha interesse na sobrevivencia do segurado já não precisa nos seguros em caso de vida, por que nestes (ao contrario do que acontece nos seguros em caso de morte), o lucro é tanto maior quanto mais longa a vida do segurado!

(75) Como nos de nupcias, precedentemente recordados.

(76) E é, muitas vezes, uma atribuição a titulo gratuito.

Poderiam ser estipulados visando uma despesa concreta e, portanto, em a soma que concretamente corresponder à despesa (77).

Na pratica esses seguros são estipulados pela avaliação abstrata da despesa em uma soma determinada *a priori* e que é paga independentemente da demonstração da necessidade.

Mas, também aquí, a praxe de seguros nos mostra qual é a justificação do contrato, mesmo quando legislativamente não sancionada. De fato, nos contratos estipulados em favor dos terceiros, é frequente que o pagamento da indenização esteja rigorosamente subordinado à demonstração da necessidade, e a soma é destinada justamente a permitir ao beneficiario fazer o que de outro modo não o poderia.

H) Podemos, assim, afirmar que também os seguros de vida (de morte ou sobrevivencia) se incluem *lato sensu* no conceito indenitario, no qual somente se pode encontrar a unidade do contrato de seguro, e que estes visam justamente o ressarcimento de uma despesa extraordinaria ou de um lucro cessante e dum beneficio esperado.

Correlatamente, encontramos também, nessas modalidades, o reconhecimento legislativo da doutrina do interesse, e notamos que a praxe de seguros visa dar a esta um relevo maior e mais concreto do que tinha na lei.

(77) Por exemplo, para o estudo universitario. Essa possibilidade subsiste mesmo nas hipóteses precedentes: pode-se, pois abstratamente, pensar num seguro em caso de sobrevivencia que comporte, em lugar da renda em dinheiro, o direito, por exemplo, de viver gratuitamente em um hotel.

Na pratica, não creio que haja exemplos desses contratos, mas uma autorização nesse sentido, si as minhas informações são exatas, foi dada, há varios anos, pelo departamento italiano de controle, e um projeto análogo fora elaborado, pouco antes da guerra, por um grupo financeiro inglês ligado a sociedades hoteleiras inglesas e suíças.

Quando (78) tais elementos não entram na disciplina jurídica do contrato, é inútil negar que o contrato cessa de ser um contrato de seguro, toda vez que esses elementos não se encontrem efetivamente no caso concreto (79), muito embora esta falta não dê lugar à falta do direito à indenização, ao contrario do que acontece nos casos precedentes.

Deparamos até, às vezes, nessas hipóteses, — e isso me parece confirmar a consideração precedente, — a mesma impossibilidade técnica do seguro pois que a falta no beneficiário de um interesse contrario à verificação do sinistro, muitas vezes ligada à possibilidade de o provocar legitimamente (80), dificulta a possibilidade de sua previsão no calculo das probabilidades por parte do segurador, e por isso a possibilidade técnica da operação (81).

Achamo-nos, pois, verdadeiramente em face das hipóteses nas quais saímos dos limites do seguro, e a coincidência que assim se encontra nos limites do conceito indenitário e nos da possibilidade técnica do seguro confirma a ordem de idéias aqui defendida.

Todavia, a justificação da consideração dessas hipóteses sob o angulo do seguro se encontra, em substancia, no critério da “normalidade”. A lei considera justamente como contratos de seguro todos aqueles que exerçam nor-

(78) Lembro o que escrevi sobre os seguros de nupcias e, em geral, sobre os de sobrevivencia.

(79) Consideração análoga é a que, no seguro, só lentamente e com relutancia fez admitir os riscos devidos à culpa do beneficiário e, substancialmente, só àqueles que, mesmo sendo devidos à culpa, são “não-preordenados”. Por isso, excluem-se os devidos por dolo. No mesmo conceito inspirou-se a praxe no seguro de responsabilidade civil, e no mesmo conceito se inspiram as cláusulas de suicidio, que tendem a admitir, tambem nesse caso, o pagamento de indenização sómente desde que tenha passado um lapso de tempo tal que exclua que o suicidio pudesse ser preconcebido.

(80) Por exemplo, o casamento, no seguro de nupcias.

Isso torna a demonstrar que, fora do conceito do contrato de indenização, não há possibilidade de distinguir verdadeiramente o seguro do jogo. Já recordei, precedentemente, a insuficiencia reconhecida mesmo por VIVANTE, da teoria da empresa, para distinguir o seguro do jogo.

(81) Lembro o que escrevi sobre os seguros de nupcias ou de sobrevivencia geral e o que citei aqui sobre os expedientes aos quais recorre a praxe contratual.

malmente a função que assinalamos, ainda que essa função deixe de subsistir num determinado caso concreto e não seja exigida a demonstração de sua existencia.

A praxe contratual vem completando a lei através das clausulas que já recordamos e que visam justamente fazer de modo que o interesse presumido pela lei, exista pois efetivamente na normalidade das hipóteses. E' justamente essa subsistencia normal que torna tecnicamente possiveis essas operações e lhes permite desempenhar uma função econômica benéfica.

11 — Nas páginas precedentes, considerei as formas puras de seguro e não as “mistas”, nas quais, naturalmente, será mister combinar a disciplina das varias formas puras (82).

E' facil deduzir que os criterios precedentemente desenvolvidos são particularmente evidentes nesses ramos.

A estipulação de um contrato de seguro de vida, nessas hipóteses, alcança o mesmo resultado que seria alcançado através da poupança, mas com uma diferença: evita-se o perigo de se não poder, em consequencia de uma morte prematura, chegar por meio da poupança a acumular a soma desejada. E' para obviar a esse perigo que é estipulado um contrato de seguro, em lugar de se acumular pela poupança uma soma anual equivalente ao premio.

O objetivo do seguro é, portanto, evitar justamente que uma morte prematura impeça que se acumule a soma que se deseja poupar, e, portanto, ressarcir o lucro que, continuando a viver, se poderia realizar. Por isso, nesse ramo de seguro, o beneficiario tem direito a uma soma determinada, quer no caso de morte, quer no caso de sobrevivencia depois de um certo periodo; geralmente na primeira hipótese, a indenização assegurada deve ser paga a um

(82) Os varios ramos de seguros dão lugar, de fato, em suas combinações, a problemas não muito diferentes dos problemas gerais dos chamados contratos mistos. Sobre esses aspectos do problema cf. um estudo de A. DONATI, in *Atti Istituto Nazionale delle Assicurazioni*, Roma, vol. VI.

terceiro; na segunda, ao estipulante. A prestação de premio anualmente paga por este ultimo pode, pois, dividir-se em duas frações: uma representa o que o estipulante acumula pela poupança; a outra, o premio de seguro que ele paga para fazer frente ao risco de não poder continuar a poupar em consequencia de uma morte prematura.

Por isso, nesses ramos mistos, mais do que um concurso entre os principios do seguro no caso de sobrevivencia e os do seguro no caso de morte, entrevejo um concurso entre os principios do seguro no caso de morte e os dos contratos de poupança.

Essa constatação justifica a observação comum que, tendo justamente em vista essas modalidades mistas, mais do que as puras, considera o seguro de vida como um contrato de poupança e de capitalização. Essa observação contem um elemento de verdade; nas modalidades mistas concorrem de fato os elementos do contrato de poupança. Ela é, porem, inexata quando aplicada às modalidades puras, quer do seguro no caso de morte, quer do seguro no caso de vida. Basta ter em vista que no seguro puro no caso de morte, o beneficiario não tem nenhum direito no caso de sobrevivencia; no seguro puro no caso de vida, não tem nenhum direito no caso de morte antes do prazo fixado. Por isso, a observação tambem não é rigorosamente exata para as modalidades mistas, porque esquece, por sua vez, a diferença existente entre estas e os contratos de poupança, em virtude justamente da concorrência do elemento segurador e do direito consequente que tem o beneficiario de obter a indenização no caso de morte, independentemente do montante das somas empregadas, o que não succede com um contrato de poupança.

12 — Um conceito unitario dos seguros oferece vantagens que me parecem negaveis na construção do instituto.

A) Assim é em relação ao seguro contra accidentes, o qual de outro modo oscila entre o seguro contra da-

nos e o de vida, si o contrato de seguro é concentrado sobre essas duas formas concebidas como contrapostas.

Nem o problema é superado quando se classificam os seguros em seguros sobre as coisas e seguros sobre as pessoas, como muitos propõe e como estabelece a lei francesa de 13 de julho de 1930.

Essa classificação pode ser bastante oportuna e talvez seja (como veremos) a preferível, si entendida como classificação das varias modalidades de seguro em paralelismo com a avaliação do dano por via concreta e por via abstracta, à qual já fizemos referencia.

Mas, essa “classificação” não é mais uma simples “classificação”, si os dois grupos de seguro sobre as coisas e sobre as pessoas são concebidos como concentrados num conceito diverso, que seria o indenitario no primeiro e não se saberia qual no segundo.

Desconhecer-se-iam, então, analogias que são de novo particularmente evidentes, comparando o seguro sobre coisas com o seguro contra accidentes, o qual, sob certos aspectos, se aproxima do seguro sobre coisas, mais do que do seguro de vida.

B) Assim é em relação aos seguros sociais. De fato, achamos nestes os mesmos riscos considerados nos ramos do seguro de pessoas e, ao mesmo tempo, uma disciplina que se aproxima por alguns aspectos — à do seguro contra danos, o que é bem explicavel com as considerações que vimos desenvolvendo, mas que não seria explicavel si a diferença do risco considerado devesse importar numa radical diferença de estrutura jurídica.

C) Assim é em relação ao principio, por toda parte estabelecido, do interesse do estipulante pela vida do segurado, e ainda mais em relação à orientação da praxe de seguros, a esse respeito, e tambem pela diferença entre seguro de morte e seguro de sobrevivencia em relação à sua distinção do jogo. Esse principio e essas diferenças não achariam de outro modo explicação plausivel.

13 — Recordamos as hipóteses nas quais a avaliação do dano é realizada abstratamente e aquelas nas quais ela é realizada concretamente.

As primeiras hipóteses correspondem aos seguros por danos às pessoas; as segundas aos seguros por danos às coisas.

As primeiras correspondem a seguros por benefícios esperados ou lucros cessantes ou despesas por acontecimentos extraordinários da vida; as segundas, ao contrário, a um dano emergente em sentido restrito.

a) A avaliação abstrata do dano importa na conhecida consequência da falta de um limite à soma que as partes fixam como indenização, ao contrário do que sucede na hipótese na qual a avaliação do dano deve ser feita concretamente (83).

Nessa última hipótese, a indenização não pode superar o dano concretamente verificado. A soma fixada pelas partes serve para o cálculo dos prêmios, mas não exclue a possibilidade de ser menor a indenização, se for menor o dano.

b) A soma fixada, quer na hipótese de avaliação concreta, quer na avaliação abstrata, pode assumir um particular significado, isto é, indicar o limite além do qual não há ressarcimento com referência ao sinistro total, de maneira que, no caso de sinistro parcial, se deverá recorrer a um ressarcimento proporcional (84).

c) A avaliação abstrata do dano exclue naturalmente, a possibilidade de afirmar que o seguro seja, no caso concreto, estipulado para um valor superior ao real.

(83) Lembro, todavia, que, excepcionalmente, encontramos também nos seguros sobre as coisas a avaliação abstrata do dano: assim, na cláusula “valha ou não”, onde esta, como por exemplo na interpretação jurisprudencial italiana e francesa, tem esse alcance. Isso confirma a premissa destes estudos.

(84) Esse enunciado da regra proporcional, mesmo com referência à avaliação abstrata do dano e ao seguro sobre pessoas, não é frequente. Mas, a praxe do seguro contra acidentes confirma-lhe a exatidão, porque nessa forma de seguro a indenização é estipulada para o caso de invalidez permanente, total, e a invalidez permanente parcial é justamente ressarcida proporcionalmente.

Ela permite, também (85), a possibilidade de mais seguros para um mesmo risco, cujas indenizações se somem no caso de sinistro.

d) É evidente que a avaliação abstrata ou concreta do dano se liga ao problema da possibilidade do segurador subrogar-se ao beneficiário na ação que a este caiba contra o terceiro eventualmente responsável pelo sinistro (86).

É obvio que, si a avaliação do dano é feita concretamente e si a indenização atribuída ao segurado corresponde a esse dano, a subrogação deve ter lugar, porque de outro modo o prejudicado viria beneficiar-se por um duplo ressarcimento (do segurador e do terceiro responsável), ao passo que o segurador, ressarcindo o dano, ressarciria mais do que o dano efetivo, porque o prejudicado teria igualmente direito ao ressarcimento por parte do terceiro responsável.

Reciprocamente, si a avaliação do dano é feita em uma cifra abstrata, nada se opõe a que o beneficiário conserve o direito para com o terceiro responsável. Admitida de fato a possibilidade de uma avaliação abstrata, esta não encontra limites quantitativos (87) e, portanto, bem po-

(85) Não, porém, no caso da cláusula “valha ou não”, justamente porque mesmo nas ordens jurídicas em que ela é reconhecida como válida, se trata de uma exceção ao princípio geral da avaliação concreta do dano no seguro sobre as coisas, a qual só se justifica pela difícil estimação do sinistro marítimo e, portanto, somente nesses limites.

(86) No código de comercio italiano, essa subrogação, admitida no seguro contra danos, é excluída no seguro de vida, o que constitue causa de discussões jurisprudenciais em torno de sua disciplina no seguro contra accidentes. O novo código civil italiano (art.º 756, livro das obrigações) admite a subrogação no seguro contra accidentes.

(87) Lembro, todavia, o que observei a respeito da praxe de seguros.

de compreender a indenização, além do direito ao ressarcimento para com o terceiro responsável (88).

14 — A unidade do contrato de seguro não exclue, naturalmente, a subsistência dos vários ramos de seguros e a oportunidade, portanto, de classificá-los.

Eles estão sujeitos a normas diversas, das quais algumas foram recordadas no parágrafo precedente.

Com efeito, não é necessário esclarecer que a afirmada unidade do contrato de seguro não exclue a sua distinção em ramos que, embora ligados a um mesmo conceito fundamental, são inegavelmente distintos e sujeitos a regras diversas, embora compatíveis com o conceito fundamental acima assinalado.

A tarefa da classificação consiste, por sua vez, em reagrupar as numerosas modalidades de seguros em poucos grupos, cada um dos quais compreenda ramos juridicamente homogêneos e, portanto, sujeitos às mesmas regras ou a regras na maior parte idênticas.

E' precisamente essa, a tarefa de todas as classificações.

A classificação talvez mais oportuna é a de seguros sobre as pessoas (89) e seguros sobre as coisas (90).

Não se consegue, assim, uma homogeneidade absoluta dos caracteres próprios de cada grupo; isso, aliás, contrastaria com o que acentuamos precedentemente e com a relatividade sempre própria de qualquer classificação (91).

(88) Esse direito visa o ressarcimento do dano concreto, e a admissibilidade de uma avaliação do dano em abstrato reside justamente no pressuposto da impossibilidade de conseguir um pleno ressarcimento através da avaliação concreta. Por isso acho que nos seguros acidentes, quando falte uma norma legislativa a respeito, a subrogação é excluída ou, ao menos, é lícito às partes convencionar a sua execução, embora sejam eles classificáveis no respectivo direito como um seguro danos em contraposição ao seguro vida.

(89) Inclusive os seguros de vida e contra acidentes.

(90) Cf. sobre o problema, VALERI, *Rivista di diritto commerciale*, 1930, 1,347, num estudo notável.

(91) Estas devem, com efeito, traçar um limite nítido, onde na realidade não ha sinão passagens graduais.

Consegue-se, porem, uma homogeneidade bastante notavel para servir de base á disciplina legislativa (92).

A dicotomia de seguro contra danos e de vida não me parece feliz, hoje (93), com a grande importancia assumida pelo seguro contra accidentes, que nessa dicotomia não encontra sistematização satisfatoria (94).

Igualmente refutavel me pareceria a dicotomia entre seguro de interesses e seguro de pessoas, por varios autores discutida na Alemanha. Essa doutrina parte do conceito, a meu vêr, inexacto, de que o objeto do seguro seja, a rigor, o interesse seguravel, e da inexata afirmação de que a doutrina do interesse seja propria somente do seguro sobre as coisas.

Presumimos, ao contrario, ter demonstrado nestas páginas a unidade substancial do contrato de seguro, não obstante as peculiaridades proprias dos seus varios ramos.

(92) Substancialmente, portanto, parece-me digna de ser seguida a classificação adotada na lei francesa de 13 de julho de 1930, preparada, de resto, pelo civilista francês talvez mais illustre destes ultimos anos, CAPITANT.

Na lei francesa, o seguro de responsabilidade civil constitue um capitulo aparte. Querendo estabelecer uma dicotomia, ele deveria ser considerado, antes, como um seguro sobre coisas, mas os seus caracteres especificos aconselham, em todo caso, uma disciplina em separado.

(93) Com efeito, ela provém da doutrina e da legislação do século XIX, quando o seguro contra accidentes era praticamente desconhecido, o que contribue, aliás, para explicar as orientações doutrinarias daquela época. O novo código civil italiano mantém porem a dicotomia dos seguros danos e de vida.

(94) Na Italia é, pois, constante, por parte da doutrina, a inclusão do seguro contra accidentes no seguro contra danos, ao passo que a jurisprudencia, ao contrario, no inicio do sec. XX considerou o seguro contra accidentes como um seguro de vida; depois, sob a influencia da doutrina, como um seguro contra danos; e agora, de novo, como um seguro de vida. Cf. minha nota citada em *Assicurazioni*, 1937. O novo código civil italiano aceita a tese da doutrina e classifica o seguro contra accidentes como um seguro contra danos.

Provas escritas
de concurso

CONCURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Qual a extensão do poder administrativo na concessão de minas antes e depois da Constituição Federal (*)

(Ponto sorteado)

Manoel Pedro Villaboim

A questão que faz objecto da pergunta da congregação foi uma das questões mais debatidas e fonte das maiores controversias durante o antigo regimen pela divergencia existente entre relativas do assumpto, digo, existente entre a Constituição do Imperio e as leis anteriores relativas ao assumpto.

Effectivamente, a Constituição do Imperio garantindo no seo art. 179 § 22 em toda sua plenitude o direito de propriedade, salvo o caso em que o bem publico exigisse o emprego da propriedade particular, mediante indemnização do valor della, justificar-se-hia a intervenção da administração publica em relação às minas existentes em terrenos de propriedade particular? Seria licita, juridica, a intervenção digo a necessidade de autorisação do poder administrativo para que os particulares pudessem cultivar as minas existentes em terrenos de sua propriedade? Não resolveria soberanamente a questão o principio de direito de que o sub-solo pertence ao proprietario do solo e que portanto as riquezas nelle contidas seriam de propriedade do senhor do mesmo?

(*) Conservou-se a ortografia do original.

Seria possível que o artigo citado da Constituição que só poderia ser interpretado de accordo com os principios de direito e nunca em opposição absoluta a esses principios dêsse logar a que se considerassem de pé leis anteriores que em nenhum fundamento solido se arrimavam, para fazer depender de autorisação do poder administrativo o uso e gozo do direito de propriedade? Entretanto em desaccordo com tão logicas deducções durante o antigo regimen as minas foram consideradas como propriedade do Estado, ex-vi da interpretação que á ord. do L. 2.º tit. 34 princ. deo a lei de 24 de Dezembro de 1734, mantida em vigor entre nós, para fazer-se depender de autorisação do poder administrativo a exploração das minas, como se vê de diversas disposições de leis então em vigor, que referiam-se a outras anteriores á citada Constituição como as de 25 de Outubro de 1832, de 24 de Setembro de 1848, 23 de Setembro de 1867, de 23 de Junho de 1878, além de outros, que considerando em vigor a alludida lei de 1734, o alvará de 13 de Maio de 1803 e outras, ainda do tempo em que eramos colonia, regularam as attribuições da administração em relação a essas concessões, attribuições de que usou sempre em larga escala durante todo o tempo do regimen decahido e ainda depois de proclamada a republica federativa. Predominou, portanto, durante o regimen da Constituição do imperio a doutrina de que as minas pertenciam ao Estado, gosando de accordo com essa doutrina o poder administrativo da faculdade de conceder permissão para a sua exploração, attribuição essa que era exercida em relação aos terrenos diamantinos pelo ministerio da fazenda e em relação às minas de outros metaes pelo ministerio da Agricultura.

Qual será a solução perante a Constituição Federal? Parece-nos que não. O art. 72 § 17 dessa Constituição querendo evitar a lastimavel interpretação que por tantos annos vigorou entre nós, extrahida do art. 179 § 22 da antiga Constituição, dispõe: “O direito de propriedade mantem-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por utilidade ou necessidade publica, mediante indemnisação

previa”. “*As minas pertencem aos proprietarios do sólo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei alem da exploração deste ramo de industria*”. Não deixa logar a duvida a disposição deste artigo da Constituição. A vista, deante delle, o poder administrativo só terá intervenção para conceder exploração das minas que existirem em terrenos do Estado.

As minas que existirem em terrenos de particulares podem ser por estes livremente exploradas. Podem elles tirar dellas todas as vantagens sem que sujeitem-se a uma concessão previa do Estado. A intervenção do Estado só terá logar para regular as condições externas do exercicio da industria respectiva; não depende delle gozar o proprietario do solo dos direitos inherentes a sua propriedade, sobre as minas que nelle existirem. A intervenção, a ingerencia do poder publico nunca poderá desconhecer ao proprietario do sólo o direito de fruir todas as vantagens que como proprietario possa tirar das minas respectivas. Assegura-se-lhe em relação a ellas a plenitude da propriedade como em relação aos demais bens. As limitações que se promettem ao Estado são exclusivamente em relação ao modo de exercitar a industria.

Fóra de tal hypothese o direito de propriedade sobre as minas só pode soffrer a limitação da desapropriação por utilidade publica mediante as condições, os requisitos contidos na disposição da Constituição por nós transcripta.

A circumstancia de ter a Constituição Federal feito a declaração expressa a que nos referimos depois de ter garantido a plenitude do direito de propriedade fortalece nosso argumento.

Essa declaração seria uma superfluidade indesculpavel ainda mais immediatamente depois da cathorica asseguuração da plenitude da propriedade, si não tivesse o objectivo de evitar os abusos que tão impavidamente commeteram os poderes publicos durante o regimen decahido. Tendo, por outro lado, em outra disposição egualmente clara, a Constituição reconhecido dos Estados o direito sobre as

minas situadas nas terras devolutas nelles situadas, nos terrenos que pela mesma Constituição lhes ficaram pertencendo, é indubitavel que ainda ahi suffraga nossa conclusão. De accordo portanto com a exposição até aqui feita concluímos que ao inverso do principio adoptado no regimen monarchico e da extensão que de accordo com elle teve a ingerencia o poder administrativo na concessão de minas, actualmente o poder administrativo só poderá fazer concessão relativamente a minas que existirem em terrenos de propriedade da União, de accordo com os preceitos legaes que para esse effeito forem decretados. Desde que não se trate dessa hypothese o poder administrativo não pode intervir senão para executar as disposições legaes que tiverem sido decretadas em relação ao exercicio da exploração das minas pelos respectivos proprietarios. Não se tratando de minas pertencentes a particulares e sim das que pela Constituição ficam pertencendo aos Estados ficará a cargo destes concedel-as de accordo com as disposições das leis respectivas.

Estão pois solvidas pela sabia disposição da Constituição Federal as duvidas, digamos melhor obstadas as invasões conscientes e indebitas que à propriedade fizeram os poderes publicos à sombra de uma interpretação em que se conciliavam disposições insustentaveis de leis abstrusas com um texto clarissimo que consagrava principio inteiramente opposto! E' o que nos cumpre dizer sobre o assumpto, pedindo excusa das lacunas de que se resentir e que serão suppridas pelos doutos julgadores deste trabalho.

São Paulo, 28 de Outubro de 1892.

CONCURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Dos conflictos de Jurisdicção. Competencia para seu julgamento (*)

(Ponto n.º 19)

Raphael Correia da Silva Sobrinho

O nosso ponto tem por epigraphe — *Dos conflictos de Jurisdicção. Competencia para seu julgamento* — n.º 19.

Em a materia vastissima do que seja a Justiça Administrativa, quaes os *Juizes* ou *Tribunaes* a quem deva competir o exercicio della poderiamos longamente dissertar para preparar o terreno á matéria precisa do ponto: não convem fazel-o. A escassez do tempo demanda brevidade. Faremos todavia umas pouquissimas considerações, quantas reclame a necessidade de sermos claros para o diante. Divergem os Publicistas sobre a quem mais convenha o conhecimento e decisão dos assumptos contenciosos administrativos. A lesão de um direito individual por acto particular acarreta comsigo a necessidade de uma pronunciação por parte dos Juizes do Direito Privado. A lesão de um Direito individual por acto do Poder Publico determina a intervenção de Juiz, que, para a mór parte dos Publicistas, não deve ser o que administra a *justiça privada* ou *commum*.

Aquí pronunciam-se as divergencias. Uns entendem que apesar da gravidade do caso, quando se acham em

(*) Conservou-se a ortografia do original.

scena o poder publico e o cidadão, cada qual como parte, a decisão da materia deve competir aos tribunais communs, porque aquelle character imprimido á natureza do feito, de ser o Poder Publico uma das partes, não illide em nada a grande conveniencia social da uniformidade dos tribunaes judicarios, ou antes da uniformidade na Distribuição da Justiça. Outros dizem que tal assumpto devia ser conhecido pelos tribunaes communs, porem por meio de especialissimos processos, que movem sobretudo a prompta expedição dos feitos, porque não pode convir a interesse publico de nenhuma ordem que os actos administrativos encontrem tropeços e delongas, na realização das medidas que delles dimanam ou que delles se esperam. Outro grupo de escriptores se arregimenta sob outra bandeira: — quer que a decisão dos negocios contendidos entre o poder publico e o cidadão esteja confiada aos proprios Agentes de administração, aos proprios funcionarios publicos. Ainda um quarto modo de entender esse assumpto tem fundado outra escola: — a que entende, como a mais liberal e garantidora, a instituição de *tribunaes* ou *juizes espeziaes*, a quem, com todas as vantagens de vitaliciedade e inamovibilidade, compita conhecer dos feitos nos quaes se ventilem interesses oppostos do cidadão e do poder publico. Apesar de nunca perfeitamente abalisadas as linhas demarcatorias que circunscreviam as orbitas do que era *judiciario exclusivo* e do que era *judiciario-administrativo*, é certo que no Regimen do Imperio, ao menos os assumptos tocantes ao Ministerio da Fazenda, tinham uma regulamentação assás clara. E como os assumptos attinentes aos outros Ministerios mais ou menos interessavam aos Cofres Publicos sempre que o Poder Publico disputava com o particular, d'ahi veio que nas materias contenciosas da administração publica em os outros Ministérios applicavam-se as disposições regulamentares ensinadas e prescriptas para o Ministerio da Fazenda. Os matizes, porem, que os assumptos questionados ás vezes revestiam não lhes dava manifesto cabimento na *Legislação de Fazenda*. Dahi a duvida e perplexida-

de entre os juizes da Justiça Commum e os Agentes do Poder Publico: e da indecisão de cada um* para o conflito o passo não é grande. Não havendo *tribunales especiaes* para os negocios judiciario-administrativos no Regimen do Imperio, os Agentes do Poder Publico, cada qual em sua esphera, conheciam desses assumptos, estando na cumiada das hierarchias estabelecidas o *Conselho de Estado*. Eis o supremo juiz nos conflictos. E' de notavel alcance (hoje por ventura mais para a historia da jurisprudencia do que para a decisão de negocio com similes) é de notavel alcance o conflicto constante dos Annaes do Conselho de Estado, no qual um cidadão de nome Alvarenga (citamos o caso de memoria) accionava perante o juiz dos Feitos da Fazenda na Provincia do Rio de Janeiro a administração daquella Provincia na pessoa do seu Presidente do Cons.º Souza Franco por pagamento de certa quantia, proveniente do concerto de uma estrada para Nova Friburgo. Julgava o Juiz que sua competência era conhecido assumpto, pois o Presidente da Provincia contractava com um particular aquelle serviço por forma tal que a qualidade da pessoa ou de uma das partes não tirava ao caso a sua natureza de negocio da vida privada.

Entendia o Presidente que o ser o caso com um Agente do Poder Publico arredava o negocio das mãos do tribunal judiciario e o collocava sob o conhecimento e decisão dos tribunais administrativos, pelo que o Autor Alvarenga devia vir pleitear o seu direito perante aquella das Repartições Publicas onde o contracto tivera nascimento. Alevantado o conflicto, no Conselho de Estado as opiniões divergiram, opinando afinal o Imperador com o voto da maioria, que foi dando vencimento ao Juiz dos Feitos, declarado então o competente para perante elle ventilar o autor Alvarenga o seu direito contra a Fazenda Publica.

Eis em summa, uma summa restrictissima; como eram os factos e qual era o mal assentado direito no Regimen Imperial. Perguntemos ao novo Regimen o que é que temos sobre este assumpto. Responder-nos-há que só tem o

cahos. Todavia corre-nos o dever de apanhar cá e lá os destroços da legislação passada entenebrecida e quasi submersa no mar negro do cahos presente; e, tendo á mão a Constituição de 24 de Fevereiro e os actos emanados dos Poderes Publicos depois della, allumiar, com esforços pouquissimos que podemos empregar visto, o caminho do dia de amanhã. Para affirmar que ha conflictos, a razão logica reclama que affirmemos primeiro que deve haver *contenda entre duas partes*. Ora, a contenda entre partes, que incide nas orbitas administrativas, é justamente a que tende a liquidar direitos entre o particular e o poder publico. E' em fim a consagração do *contencioso administrativo*. A existencia portanto do contencioso administrativo é uma preliminar necessaria no espirito de quem formulou o ponto difficillimo que é objecto dessa nossa humilde dissertação. Ha no direito actual contencioso administrativo? A Const. de 24 de Fevereiro no art. 59 quando tracta das attribuições do Sup. Trib. Federal, nada diz dos *conflictos* entre a auctoridade judiciaria e administrativa, entretanto que cuida minuciosamente de assignalar que a esse Tribunal compete conhecer dos conflictos entre a União e os Estados, entre os Estados uns com outros, entre as Nações estrangeiras e os Estados, entre ellas e a União, entre os juizes Federaes, entre estes e os estadoaes. Eis a enumeração dos conflictos. O poder judiciario federal pelo seu organ supremo não pode conhecer de outro. Sua jurisdicção ficou restringida pelos circulos traçados pela Constituição. A lei de 11 de outubro de 1890 já continha em substancia estas mesmas attribuições. Logo não ha disposição positiva que leve-nos a asseverar que o Trib. Federal (supremo) tenha competencia de resolver conflictos suscitados entre autoridade judiciaria e administrativa. Mas ha realmente no nosso actual regimen o contencioso administrativo? Sustentamos que sim. Pelo art. 60 da Const. de 24 de Fevereiro quasi que podia-se arvorar em principio que não ha contencioso administrativo no Direito Federal, porque realmente ali veem enumerados amplamen-

te os casos das relações entre os particulares e o poder publico e as autoridades judicarias perante quem as acções devem ser propostas. Mas temos o acto ou dec. do Snr. Serzedello Corrêa, Ministro da Fazenda em o fim do anno passado, dando nova organização ao Tribunal do Thesouro, queremos dizer á Secretaria de Fazenda e fundando o Tribunal de Contas. Basta ler as disposições do decreto no que diz respeito ao Tribunal de Contas, para não duvidar que ali se consagra o contencioso administrativo para todos os negocios em que a fazenda publica incide sob a gerencia dos diversos funcionarios. Ora, supponhamos que um exactor, depositando certo n.º de titulos como caução á sua gestão, depois de demittido de seu emprego não consegue alevantar sinão parte delles, retendo os cofres publicos os restantes a qualquer pretexto. O exactor, offendido em seu direito propõe perante a Just. Federal uma acção contra a Fazenda Publica, pedindo que esta pelo Tribunal de Contas ou por outra repartição lhe restitua os titulos de caução indevidamente retidos. Citada a Fazenda Publica, podem vir por seu representante allegando que tal negocio é exclusivamente da competencia do Tribunal de Contas. Eis armado o conflicto entre uma auctoridade judicial e um ramo de administração. Para quem é elle levado, visto como abolio-se o Conselho de Estado? Entendemos que resolve-o juridicamente o Ministro da Fazenda mandando o caso ou para o Tribunal de Contas ou para a auctoridade judicaria. E assim pensamos fundados em que a Const. no art. 83 dispõe que continuem em vigor as leis do ant. regimen no que explicita ou implicitamente não se contrapõem aos principios firmados pelo novo systema. Nas trevas em que andamos tacteando os passos eis um caso que se nos offereceu como claro exemplo de contencioso administrativo, de conflicto entre auctoridade judicaria e poder publico; e demos com franqueza a solução que nos pareceu, visto como ao Governo por seus Ministros parece que devem competir a solução de questões que competiam ao Imperador, subsidiado pelo Cons. de Estado.

Ha contencioso administ. no Dir. Estadual de S. Paulo?

A Const. Polit. do Estado de São Paulo, art. 53 n.º 3, ordena ao Tribunal de Justiça, que assim se chama o mais alto Trib. do Estado, que resolva os conflictos entre as auctoridades judicarias e entre estas e as administrativas.

O Reg. do Thesouro (talvez de Março do corrente anno) elaborado sob a Presid. do Dr. Cerqueira Cezar e referendado pelo Secretario da Fazenda Dr. Martim Francisco Filho, reorganizando esta Repartição Publica, deu-lhe uma instituição moldada no systema do Reg. da antiga Repartição de Fazenda do Imperio. Estabeleceu a hierarchia para os recursos em materia administrativa, sendo o Presidente do Estado o juiz mais graduado e de ultima instancia, cuja sentença será exequivel como a dos tribunaes communs. Temos, pois, na Legislação estadual perfeitamente consagrado o contencioso administrativo, e este perfeitamente regulado nos assumptos concernentes a fazenda estadual. Onde houver, pois, conflicto em qualquer assumpto entre o judiciario e o administrativo solve-o o Sup. Trib. de Justiça ex-vi do art. 53 da Constituição. Resumindo: — Nos conflictos que se derem mentre auctoridades judicarias federaes e auctoridades, administrativas tambem federaes, os conflictos devem ser solvidos, por argumento apari pelo Poder Executivo. Nos conflictos, em assumpto estadual entre auctoridades judicarias e administrativas, o julgamento ou resolução delles é da competencia do Tribunal de Justiça.

S. Paulo, 27 de Setembro de 1893.

CONCURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Municipalização de serviços públicos

(Ponto sorteado)

Mario Masagão

A expressão “municipalização de serviços públicos” tem em direito administrativo, e em ciência da administração, dois sentidos bem distintos.

No primeiro, é referente à atribuição, aos municípios, de serviços que, para esse efeito, são retirados da esfera de ação do Estado. Sob este aspecto, a municipalização é atinente ao problema da centralização ou descentralização administrativa.

No segundo sentido, a expressão significa atribuição aos municípios, com caráter de monopólio, de serviços que comumente são executados por particulares.

Trataremos, a seguir, dos principais problemas que surgem no assunto, cuidando primeiramente da municipalização como elemento do processo descentralizador, e, em seguida, da sua feição relativa à criação de monopólios industriais. Esta última é sem dúvida a face de mais interesse da matéria, no atual momento.

Na distribuição das funções entre o Estado e o município, uma regra fundamental existe, acolhida em todas as legislações: ao município somente devem competir funções relativas aos interesses locais. Sempre que se trate

de tutelar interesses gerais, isto é, excedentes das circunscrições territoriais dos municípios, a função deve caber ao Estado.

À vista dessa regra, fica imediatamente colocada fóra do âmbito da ação municipal toda a atividade relativa à tutela do direito. Não há nem pode haver interesse geral maior que o da tutela do direito, em qualquer de suas faces. Assim, a declaração do direito, a manutenção da ordem interna, a defesa da nação contra o inimigo externo, e a distribuição de justiça, escapam inteiramente à esfera de ação municipal.

Qual, porém, a atividade que deve competir ao município, fóra do campo da tutela do direito? Que parcelas lhe cabem, na atividade puramente social, isto é, relativa ao bem estar, cultura e progresso?

Quatro são as principais doutrinas surgidas no assunto.

A primeira, defendida na Itália pelo senador FUSINATO, é a de que não existem limites teóricos à ação social do município, senão aqueles que são reconhecidos como atinentes à própria atividade social do Estado. Só as circunstâncias de momento, devidamente apreciadas, podem ditar ao legislador critérios, sem dúvida eminentemente empíricos, para que dilate ou restrinja as funções municipais.

A segunda teoria, patrocinada pelo eminente BORSI, que lhe dedica largo desenvolvimento na monografia com que illustrou o segundo volume do Tratado de Orlando, é a de que o critério da utilidade domina soberanamente a matéria. A ação social do município será sempre lícita, se convier à utilidade dos municípes.

A terceira teoria, propugnada por MEZZANOTTE, em seu livro intitulado "Il comune italiano", quasi que se confunde com as duas primeiras, quando profundamente analisada. Pretende MEZZANOTTE que, na atribuição de funções aos municípios, deve o legislador estadual atender a dois critérios: o de que a atividade de que se cuida aproveite à generalidade dos municípes, e o de que, ao mesmo tempo, não ultrapasse os limites da circunscrição territorial.

Finalmente, a última teoria, exposta e defendida por MAGNANI, em sua preciosa monografia sobre a administração provincial, aponta como único critério atendível o da delegação. Sempre que a lei do Estado atribua ao município determinada função, esta fica justificada pelo simples fato da delegação, que a atribuição encerra.

A teoria da delegação ganha cada dia terreno, no campo da doutrina. E o próprio BORSI, em recente artigo publicado na "Rivista di Diritto Pubblico", em fascículo cujo número não nos acode no momento à memória, declara que, hoje, todas as funções municipais, na Itália, só se justificam pela delegação do Estado.

A vitória desta teoria vem, como é evidente, destronar a antiga doutrina do mínimo irreduzível de atribuições do município, a qual começou a perder terreno desde o monumental trabalho de GNEIST sobre as comunas inglesas. Aí se demonstrou, de maneira convincente, que não passa de um mito o conjunto de poderes havidos até então como pertencentes, por direito próprio, aos municípios ingleses.

No direito positivo brasileiro, não pode ser aceita, em todas as suas consequências, a teoria da delegação. Há texto expresso de lei, em contrário. E' o do art. 68 da Constituição Federal de 24 de fevereiro, que dispoz: "Os Estados organizar-se-ão de forma a que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse".

Embora defeituoso na técnica, pois que alude a autonomia ao mesmo tempo que aos interesses peculiares dos municípios, (quando é certo que a regra de autonomia, atinente à constituição dos órgãos diretivos, nada tem de comum com a distribuição de funções), — é contudo inegável que o art. 68 da Constituição fixou para os municípios um mínimo irreduzível de atribuições, colocado fóra da dependência delegativa das assembléias estaduais.

Quais serão, entretanto, os limites desse mínimo irreduzível?

Parece impossível uma predeterminação teórica, nesse terreno. Em direito constituído, há apenas que atender às atribuições municipais fixadas nas leis do Estado. O legislador estadual é, assim, o intérprete forçado do art. 68 da Constituição federal, e exerce essa interpretação cada vez que atribue aos municípios competências funcionais.

Na impossibilidade de examinar, nesta prova, as legislações de todos os Estados brasileiros, diremos apenas que, no Estado de São Paulo, as principais funções atribuídas aos municípios são: fomentar o desenvolvimento da lavoura, das artes e das indústrias, por meio de medidas e auxílios gerais, que não envolvam privilégios; criar agências de imigração e alojamentos para imigrantes, promovendo a introdução e colocação deles no município; criar escolas de ensino primário e profissional; auxiliar estabelecimentos particulares de ensino; prover ao alinhamento, limpeza, calçamento, reparação e conservação de ruas, praças, e mais logradouros públicos; fazer aferição de pesos e medidas; regulamentar matadouros, talhos, feiras, mercados; fiscalizar indústrias, principalmente as de inflamáveis; fiscalizar o comércio de gêneros alimentícios; providenciar o abastecimento de água, e o estabelecimento de esgotos, e de iluminação; regulamentar jogos, espetáculos e divertimentos públicos; socorrer indigentes; estabelecer hospitais, asilos, etc., e cuidar da higiene do município, mediante providências que não contrariem as leis do Estado.

As atribuições municipais no nosso Estado constam miudamente da lei n.º 1.038, de 1906, e de outras que a modificaram, parecendo-nos dispensável exemplificação maior que a acima exarada.

Passemos agora a considerar a municipalização de serviços públicos no segundo sentido dessa expressão. Como dissemos, o assunto, sob este aspecto, oferece maior interesse teórico.

De tal forma considerada, a municipalização de serviços públicos pode ser definida, com Montemartini, como a produção direta, exercida pelo município, com o fim de ob-

ter preço unitário menor que o obtido no regime de livre concorrência dos particulares.

Há duas espécies bem distintas de municipalização.

Em primeiro lugar aparece a que tem em mira o simples benefício dos cidadãos, como o oferecimento, a êles, de serviços ou produtos melhores, mais baratos, e de existência segura.

Em segundo lugar aparece a chamada municipalização de intúitos fiscaes, destinada a suprir deficiências financeiras do município.

As justificações e as críticas que se dirigem a essas duas espécies de municipalização diferem bastante. Devemos, portanto, cuidar de uma e de outra separadamente.

Os partidários da municipalização da primeira espécie costumam aduzir em defesa de sua opinião os seguintes argumentos:

1.º — A municipalização acarreta o barateamento dos produtos;

2.º — Produz igualmente a melhoria da sua qualidade, isentando-os de defeitos que são comuns no comércio dirigido pelo espirito imoderado de lucro;

3.º — A continuidade e regularidade do fornecimento ficam assegurados pela municipalização;

4.º — O serviço municipalizado e barateado põe o produto ao alcance dos menos favorecidos pela bôa fortuna, e generaliza o respectivo gozo entre todos os municípes;

5.º — O maior crédito, de que gozam as pessoas jurídicas de direito público, lhes permite a obtenção de capitais a juros mais baixos que os pagos por empresas particulares. Por outro lado, os municípios não têm que pagar dividendos nem quotas de lucros a acionistas ou sócios de qualquer espécie. Por isso mesmo, os produtos, nas indústrias municipalizadas, são obtidos por um custo menor.

6.º — Em razão dos motivos anteriormente apontados, está o município em condições de pagar aos seus operários

salário mais elevado que o comúm. O bem estar das classes proletárias, sem encarecimento do produto, é, assim, consequência da municipalização.

7.º — Finalmente, os lucros da produção municipalizada vêm permitir, sem sacrifício dos serviços públicos, a diminuição dos impostos. Os munícipes lucrarão, consequentemente, quer como consumidores, quer como contribuintes.

A esses argumentos respondem os adversários da municipalização com outros, e de não menor peso. Eis os principais:

1.º — E' notória e proverbial a incapacidade das pessoas jurídicas de direito público para a produção económica. Falta, a essas pessoas, que só podem operar por meio de funcionários, o elemento essencial do êxito nos empreendimentos industriais: o interesse pessoal dos diretores da indústria, e dos seus fiscais. Sem a móla do interesse pessoal e direto, não há direção nem fiscalização eficiente. A produção industrial do Estado e do Município será sempre mais cara e de qualidade inferior.

2.º — A municipalização tem como consequência imediata o acréscimo do maior mal do Estado moderno: o aumento assustador do funcionalismo público.

3.º — A ação normal do Estado e do Município já acarreta, por si mesma, grande número de pleitos em que aquelas entidades figuram como autores ou réos. Até onde será levada essa multidão de demandas, se à ação normal do município for acrescida a de produtor em grande escala?

4.º — Se ao município se devem confiar monopólios de produção, mais proveitosa, sob o aspecto económico, é a produção indireta, que êle consegue por meio da concessão. Nesta última, poderá êle, ao menos, reservar para si uma parte dos lucros, e contar com o numerário assim assegurado. Na produção direta, o município só conseguirá lucros a custa de uma extraordinária elevação dos preços de

venda, o que prejudica de maneira irremediavel o mais elementar interesse dos municípes.

A nossa opinião pessoal é absolutamente contrária à municipalização, pelos motivos que enumeramos em segundo logar, e aos quais aderimos inteiramente.

A nosso vêr, a municipalização é um mal. Só a admitimos, como remédio último, no caso da saturação em matéria tributária.

Quando os contribuintes já não puderem suportar qualquer agravação nos impostos e nas taxas, e quando, ao mesmo tempo, circunstâncias irremovíveis impuserem a necessidade do aumento da arrecadação, será lícito ao município, como ao Estado, lançar mão da produção industrial, para equilíbrio do orçamento.

Só admitimos, consequentemente, e quando imposta por circunstâncias gravíssimas, a segunda espécie de municipalização, a que atraz aludimos: a espécie fiscal.

Examinemos agora a matéria diante do direito positivo brasileiro.

Estabelece a Constituição Federal no art. 72, § 24, que é garantido o livre exercício de qualquer profissão, moral, intelectual e industrial.

Com esse preceito, a Constituição impediu, sabiamente, a existência de qualquer monopólio, no país.

E' evidente, entretanto, que o citado texto não impede a existência de privilégios exclusivos, coisa muito diferente dos monopólios.

O característico do monopólio é arrancar do campo da atividade dos cidadãos uma parte que legitimamente nela se integra, para atribuí-la ao monopolizador. Este fica, assim, beneficiado a custa de uma injusta restrição da atividade alheia.

No privilégio exclusivo não aparece essa circunstância.

Êle beneficia as pessoas jurídicas de direito público, não mediante o cerceamento das atividades individuais, e sim em razão da própria natureza das coisas.

Há atividades que exigem a utilização direta e imediata de bens públicos de uso comum, tais como a superfície, o espaço aéreo e o sub-solo das ruas e praças públicas. Não é possível conduzir a água, o gás, a eletricidade, nem estabelecer o transporte urbano por linhas férreas, sem aquela utilização.

Essa circunstância tira, por si própria, do campo das atividades individuais, o exercício das apontadas indústrias.

Nenhum individuo, por direito próprio, pode ocupar de maneira permanente e direta bens públicos de uso comum.

Apenas a União, os Estados e os Municípios, a quem cabe na forma da lei a administração de tais bens, poderão exercer as indústrias que exijam semelhante utilização.

Eis aí os privilégios exclusivos de que gozam entre nós as pessoas jurídicas de direito público interno, sem violação do preceito constitucional do art. 72, § 24, pelo qual ficaram vedados os monopólios.

Mas, todos os princípios científicos, e a experiência dos povos, demonstram, a nosso vêr, a absoluta inconveniência do exercício da atividade industrial pelas pessoas jurídicas de direito público.

“O Estado é máu produtor”. Eis um axioma de ciência da administração.

Mesmo em se tratando de privilégio exclusivo, consequentemente, o exercício direto da produção industrial, pela União, pelos Estados e pelos municípios, será um mal.

O instituto da concessão obviará a todas as dificuldades. E a entidade que gozar do privilégio exclusivo obterá os lucros que a essa situação correspondem, optando pela forma de execução indireta do serviço.

Em conclusão, resumimos o nosso pensamento sobre o assunto da seguinte forma:

1.º — A municipalização com o intuito de beneficiar o consumidor deve ser absolutamente proscrita, porque na prática são de impossível consecução os seus desígnios.

2.º — A municipalização com intuitos fiscais é admissível apenas quando as circunstâncias a impuzerem como único remédio para restabelecimento de finanças precárias.

3.º — As circunstâncias, acima aludidas, não podem ser determinadas *a priori*, e somente se tornam apreciáveis em cada caso, mediante aplicação dos critérios fornecidos pela Ciência das Finanças e pela Ciência da Administração.

4.º — No direito positivo brasileiro, a municipalização com carater de monopólio é impedida pelo art. 72, § 24, da Constituição Federal.

5.º — Os serviços municipalizados em razão de privilégios exclusivos devem ser exercidos, de preferência, por intermédio de concessionários, reservando-se ao concedente uma equitativa participação nos lucros da empresa.

São Paulo, 27 de junho de 1933.

Preleções

Estrutura
do
Direito Internacional (*)

Braz de Sousa Arruda

(Preleções feitas no Curso de Doutorado)

(*) Em vista dos reiterados pedidos dos alunos da Faculdade, para que se reimprimissem estas preleções, e devido se haver esgotado o fascículo II do volume 34, de 1938, da "Revista", no qual foram publicadas, são reproduzidas aqui, por autorização do respectivo catedrático.

"O peyor officio que ha no mundo he ser author de novidades, que muitas vezes, por alguns respeitos, não contentam a muitos homens, porque a cousa que se faz para contentar a muitos, he a que descontenta a muitos". — (DIOGO DE COUTO — Soldado Pratico — MDCCXC).

"E' merito d'un libro il dar la volontà di sapere piú di quello che esso insegna". — (A. MANZONI — Opp. Varie, I, 487).

"Like all other law, International Law rest, in the last instance, upon an ethical basis" — (AXEL MÖLLER — International Law, p. 55).

I N D I C E

O estudo moderno do Direito Internacional	471
Transformação do Direito Internacional	471
Dificuldade do ensino de direito internacional	471
Condições desfavoráveis para o desenvolvimento do Direito Internacional	472
Condições favoráveis	472
Tendências do Direito Internacional	473
Como ensinar o Direito Internacional	473
Na Austria	473
O Seminário de Kiel	474
Na França	474
Métodos de ensino	475
Na América do Norte	475
Conclusão	475
Entre nós	475
Como devemos ensinar o Direito Internacional?	376
Superficialidade	478
Dogmas	479
Reacionismo	479
Democratização do Direito Internacional	480
Noção de direito internacional	480
Definição de Oppenheim	481
Outras definições	481
Palavras de Spiropoulos	482
Definição de Grócio	482
Definição de Davis	482
Politis	482
Definição de um notavel internacionalista brasileiro	483
A doutrina etática	483
Opinião contrária	483
Definição de Diena	483
Sinonímia	484
Divisão	485
Objecções contra a existência do Direito Internacional	487
A primeira objeção	487
Segunda objeção	488
Importância das objeções contra a existência do Direito Internacional	489
Os congressos	489
Ainda mais	489
O Direito Internacional e a opinião pública mundial	490
Violações	490
Síntese	490
Fundamento	490
Será o Direito Natural o fundamento?	491

A doutrina da auto limitação	492
Outras doutrinas	493
A regra fundamental suprema fundamento do Direito Inter- nacional	494
Fundamento do Direito Internacional	495
Característicos das regras ou normas jurídicas	495
O consentimento comum	496
Consentimento comum na família das nações	497
Conclusão	498
Direito Interno e Direito Internacional	498
Ataques à doutrina dualista	500
A doutrina anglo-americana	501
Doutrina inglesa atual	502
Fontes de Direito Internacional	502
Será o costume um tratado tácito?	503
Domínio do Direito Internacional	505
Dois doutrinas	505
Falsidade dessas doutrinas	505
Teoria verdadeira	506
Codificação do Direito Internacional	507
O Código Bustamante	508
Codificação do direito internacional	509
Será possível a codificação do direito internacional	510
As codificações parciais	511
Atualmente	511
O maior obstáculo à codificação do Direito Internacional ...	512
História do Direito Internacional	513
Opiniões divergentes	514
Opinião de Nippold	515
Conclusão	516
A civilização é da raça branca	516
Divisão da história do Direito Internacional	518
Divisão de Oppenheim	518
Primeiro período	518
Antes de Grócio	518
Os judeus	519
Os gregos	524
Roma	526
A idade média	528
Nos séculos XV e XVI	531
Fatores que influíram no desenvolvimento do Direito Interna- cional nessa época	531
Segundo período — O Direito Internacional depois de Grócio	536
O tempo de Grócio	536
Precursos de Grócio	537
Hugo Grócio	537
Doutrina de Grócio	538
Zouch	539
Escolas de Direito Internacional	539
Os naturalistas	540
Os positivistas	540
Os grocianos	541
Obras principais dos positivistas	541
Depois do aparecimento do "De Jure Belli"	542
Resultados do Congresso	544

Congresso de Viena — 1814 e 1815	547
1918	549
Lições da História do Direito Internacional	550
Pessoas internacionais	553
Os soberanos e agentes diplomáticos	554
Os chefes de religiões	555
Pessoas aparentes de Direito Internacional	555
Estados semi-soberanos	555
Os Estados e os seus característicos	556
A soberania é limitada e divisível	558
As limitações da soberania	560
Reconhecimento	562
Duas doutrinas	562
Não é obrigatório. Pode ser condicional	563
Reconhecimentos precipitados e tardios	563
Observação	563
Mudança na condição das pessoas internacionais	564
Mudanças no território	564
Mudanças na população	564
Mudanças no governo	565
Mudanças que afetam a personalidade internacional	566
Estado neutralizado permanentemente	566
Suissa	567
Classes de Estado	568
União pessoal	568
Posição internacional	568
União real	568
Confederação	569
Posição internacional	569
Estado Federal	569
Estados Vassallos	570
Estados Protegidos	571
Estados Clientes	572
Mandatos internacionais	572
Posição internacional de outros Estados	572
Estados não cristãos	572
Nascimento das Nações	573
Extinção das pessoas internacionais	574
Sucessão das pessoas internacionais	574
Casos	575
Princípio das nacionalidades	577
Ataques ao princípio	578
Como deve ser compreendida	578
O exemplo suíço	578
A Suíça e a Sociedade das Nações	579
A grande guerra e o problema das nacionalidades	579
Wilson	579
Palavras de Wilson	580
O discurso de 22 de janeiro de 1917	580
Mensagem presidencial de 11 de fevereiro de 1918	580
Conclusão da doutrina wilsoniana	581
São as nações sujeitos de direito internacional?	581
Proteção às nacionalidades	581
Lição da História do Direito Internacional	582
O Império Britânico	583

União pessoal	583
União real	583
Estado Federal	584
Confederação	584
A opinião de Massimo Piloti	584
A Santa Sé — Os Estados do Papa	586
Situação internacional	586
A opinião de lord Phillimore	587
Situação atual	587
Estado neutro	587
A soberania da Santa Sé	587
Opinião de Le Fur	588
Opina Yves de La Brière	588
O tratado de Latrão e o Direito Internacional Privado	588
Direito dos Estados	588
Igualdade, honras e títulos	589
Honras	589
Títulos	590
Dignidade	590
Independência	591
Deveres dos Estados	591
Casos de intervenção	592
Responsabilidade do Estado	594
Danos por operações de guerra	595

O ESTUDO MODERNO DO DIREITO INTERNACIONAL

"I suppose that methods have to vary always with the teacher, and that no teacher can employ the methods of others". (Prof. HUBSON) (1)

Limitam-se, geralmente, os professores de Direito Internacional a ensinar princípios consagrados e a defender os interesses dos poderosos; não concorrendo em nada para o progresso do ramo do Direito que ensinam. O mestre honesto e consciencioso deve criticar o Direito Internacional existente, obrigar o aluno a refletir sobre seus princípios fundamentais.

TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO IN- TERNACIONAL (2)

A conflagração européia transformou a psicologia dos povos. E' necessário hoje, no mundo de após guerra, submeter todos os princípios a uma crítica objetiva, reconstruir as ciências sociais, e portanto o Direito Internacional. Este variou, transformou-se radicalmente, e não sabemos mesmo quais as leis em vigor, os seus princípios estão obsoletos, surgiram novas doutrinas e aspirações.

DIFICULDADES NO ENSINO DO DIREITO INTER- NACIONAL

Numerosas são as dificuldades no ensino do Direito Internacional. Como veremos no decorrer do nosso curso, a noção de "soberania" transformou-se radicalmente. Não sabemos que importância ligar á organização internacional, á Sociedade das Nações. Quanto ás "leis da guerra", verificou-se que é impossível levá-las a sério.

(1) *Proceedings of the Fourth Conference of Teachers of International Law and related subjects* — (Oct. 10-17-929).

(2) V. RODRIGO OCTAVIO — *A Renovação do Direito Internacional* — 1928.

**CONDIÇÕES
DESAVORÁVEIS
PARA O DESENVOLVIMENTO DO
DIREITO INTER-
NACIONAL**

Além do mais, se, no século XIX, a nota dominante entre os internacionalistas era o “pessimismo”, após a grande guerra aumentaram extraordinariamente as “condições desfavoráveis” para o desenvolvimento do Direito das Gentes. Em primeiro lugar, ha a “desconfiança geral” em relação aos princípios de um Direito desrespeitado sistematicamente, cujos princípios se mostraram incapazes de contribuir para evitar-se a guerra, ou mesmo para abrandar as práticas bélicas. Em segundo lugar, houve a desilusão tremenda da “Sociedade das Nações”. Esta não conseguiu a universalização desejavel, ficando fóra de seus quadros a América do Norte, desmoralizando-se a instituição completamente nos últimos tempos, tornando-se mesmo motivo de mofa.

**CONDIÇÕES FAVO-
RAVEIS**

No entretanto, nos últimos anos, começou-se a encarar a solução dos problemas mundiais com optimismo e confiança. Aumentou ultimamente, de maneira extraordinaria, o interesse pelo estudo do Direito Internacional. Basta lembrar que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, dobrou o número de professores e alunos, e, do mesmo modo, reduplicaram as instituições usando o Direito das Gentes, amplificando-se o material para o seu estudo. Publicam-se atualmente numerosas revistas e jornais sobre o Direito das Gentes, e os diários tratam carinhosamente das questões em que estão em jogo os interesses da comunhão internacional.

Em 1929, existiam, na América do Norte, 91 cursos de Direito Internacional, para os alunos de altos estudos; 20 dados nas Faculdades de Direito, 71 nas “gratuated schools”. (3)

Na grande República, o Direito Internacional é estudado com muito carinho. Basta lembrar que, de 1914 até 1932, os professores da matéria se reuniram em 5 conferências tendo em vista a melhor maneira de ensinar o Direito das Gentes, e que a Universidade de Michigan consagra cursos especiais á Metodologia e á Pedagogia em Direito Internacional.

(3) *Proceedings of the Fourth Conference of Teachers of International Law*, pag. 239.

Os estudos de seminário, conforme ensina JOHN B. WHITTON, professor de Direito Internacional da Universidade de Princeton, (4) são feitos com muito cuidado.

Dedicam-se principalmente os seminários às investigações, aos estudos aprofundados.

TENDÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL

As tendências do Direito Internacional são hoje otimistas, dominando o desejo de “acabar com a guerra”, organizando-se a “Justiça Internacional”. Para isso aproveitam-se os juristas dos ensinamentos das outras ciências sociais — Geografia, Política Mundial, Finanças, Direito Financeiro Internacional, etc. E’ hodiernamente fato consumado a “internacionalização de todas as ciências”

COMO ENSINAR O DIREITO INTERNACIONAL

Disse muito bem o Prof. HUDSON que os métodos de ensino devem variar de professor a professor. Acrescentarei que necessariamente os métodos têm que diversificar de país a país.

NA AUSTRIA

Ensina VERDROSS que, na Austria, existem o “Seminário” e o “Proseminário”. Este, o Proseminário, é mais simples e modesto nos seus fins, pois trata unicamente de aperfeiçoar os conhecimentos do aluno. O estudo do Seminário é muito mais sério e aprofundado.

No Seminário ha a discussão e crítica de “Publicações Científicas” e de “Casos Internacionais” Além disso, a produção de “trabalhos originais” Por meio dele, trata-se de inculcar o “Espírito Científico” sobre assuntos concretos. O seminário significa uma nova orientação que FICHTE caracterizou dizendo que sua finalidade de “era formar” o espírito científico. Assim diz o artigo 1.º do estatuto que rege o Seminário Jurídico de Berlim:

“O Seminário Jurídico tem por fim iniciar os estudantes no trabalho científico pessoal por meio de exercícios exegéticos, históricos e dogmáticos, e prepará-los para investigações científicas originais”

(4) *Revue de Droit International*, 1933, t. 12, VII ano, num. 4, out. nov. dez.

Na Austria, os estudos de seminário não deram resultado, devido á falta de professores e de material, acrescentando que os alunos, distraídos pelas necessidades da vida, não podem se dedicar convenientemente aos estudos minuciosos e demorados, conforme o depoimento de VERDROSS. Realmente é de notar que um seminário não deve comportar mais de 20 alunos. O de BORCHARD é de 10 a 12.

**O SEMINARIO
DE KIEL**

Para os estudos aprofundados de seminários, faz-se mistér professores suficientes, material escolar adequado, e alunos dedicados e rigorosamente selecionados. Só assim se conseguem os resultados que SCHUCKING obteve, segundo informou á “Conferência de Professores” de Direito Internacional:

“We thus often discuss in our seminar at Kiel questions which carry us late into the night” (5).

NA FRANÇA

GILBERT GIDEL, na 4.^a Conferência dos Professores de Direito Internacional, explica a organização do ensino do Direito das Gentes na França. Lá existe a “Licence en Droit”, correspondente ao bacharelado, obtida em 3 anos de estudos, e o Doutorado, em 2 anos adicionais. Na “licence en droit” o estudo do “Direito Internacional Privado é obrigatório e o do Direito Público Internacional, facultativo” No Doutorado, acontece o contrário.

Na Faculdade de Direito de Paris, existem 4 cátedras de Direito Internacional: 3 de Direito Internacional Público, 1 de Direito Internacional Privado. Ha mais 16 cadeiras de Direito das Gentes em cada uma das 16 faculdades oficiais da França. Aliado á Faculdade de Direito existe o “Instituto de Altos Estudos Internacionais”, dedicado exclusivamente ao estudo do Direito Internacional.

Na célebre ESCOLA LIVRE DE CIÊNCIAS POLÍTICAS, fundada em 1871, e mundialmente conhecida, estuda-se o DIREITO INTERNACIONAL em dois anos, na secção dedicada á Diplomacia. Como é sabido, esta escola prepara para várias carreiras. E' tão notavel que serviu de modelo á Escola de Ciências Políticas, fundada em Berlim.

(5) *Proceedings of the Fourth Conference of Teachers of International Law and related subjects.* (Held at Briarcliff Lodge, New York, October 10-17-1929. Washington-Carnegie Endowment for International Peace, 1930).

MÉTODOS DE ENSINO

destes, segundo GIDEL, é pôr o estudante em contacto com as fontes, o material, e ensinar-lhe a estudar um assunto cientificamente.

NA AMÉRICA DO NORTE

Não podemos deixar de nos referir aos estudos de seminário na grande república americana. Lá dedicam-se os estudiosos do Direito Internacional ás investigações metódicas tendentes a aumentar os limites dos conhecimentos humanos. Como muito bem salienta JOHN WHITTON (6) as perspectivas ácerca do futuro dos estudos de Direito Internacional são, na America do Norte, de molde a encorajar. O interesse pelas investigações internacionais desenvolveu-se de uma maneira consideravel. Este se aproveitou da aliança íntima com o movimento em favor da cooperação internacional, para a redução dos armamentos e supressão da guerra.

Conquanto numerosísimos sejam os Institutos, Fundações, Conferências, etc., consagrados ás questões internacionais (7), devemos salientar que os estudos aprofundados são muito mais importantes em matéria internacional na America do Norte do que em qualquer outro país (8).

CONCLUSÃO

Vemos, pelo exposto, que o Direito Internacional deve ser ensinado como coroamento do curso jurídico. É esta a conclusão da 4.^a Conferência de Professores de Direito Internacional: "Instruction in International Law should be taken as late as possible, and only when a certain intellectual maturity and legal knowledge has been reached" (XV.^a conclusão).

ENTRE NÓS

Entre nós a lei Francisco Campos seguiu caminho diverso. Dividiu o curso jurídico em "Bacharelado" e "Doutorado". "O curso de Bacharelado foi organizado atendendo-se a que

(6) *Revue de Droit International*, 1933, t. 12, VII ano, n. 4, out. nov. e dez.

(7) HARLEY, *International Understanding: Agencies Educating for a New World*, pag. 221 seg.

(8) WRIGHT, *Research in International Law since the War*, p. 9.

ele se destina á finalidade de ordem puramente profissional, isto é, que o seu objetivo é a formação de práticos do Direito”, diz o ex-Ministro. E.. colocou o Direito Internacional Privado no Doutorado...

RODRIGO OCTAVIO, o insigne juriconsulto pátrio, salienta a surpresa causada no Brasil pelo decreto do Governo Provisório, n. 19.852, de 11 de abril (9), suprimindo do curso ordinário nas Escolas de Direito a cadeira de Direito Internacional Privado, relegando o seu ensino para o curso facultativo e puramente ornamental do Doutorado. Felizmente a Faculdade de Direito de São Paulo, pelo Decreto Federal n.º 24.102, de 11 de abril de 1934, transferida pelo Governo da República ao Estado de São Paulo, e incorporada á sua Universidade, criada pelo Decreto n.º 6.283, de 25 de janeiro de 1934, adotou, pelo decreto n.º 6.429, de 9 de maio de 1934, que aprova o seu regulamento, uma nova seriação de matérias. O Direito Internacional Privado é ensinado hoje na 3.ª Cadeira do 5.º ano do curso do Bacharelado, e o Direito Público Internacional, na 2.ª Cadeira do 2.º ano do curso de Doutorado.

**COMO DEVEMOS
ENSINAR O DI-
REITO INTERNA-
CIONAL?**

As minhas opiniões sobre a reforma de nosso ensino foram expostas no meu parecer “O Problema Universitário” (10). Quanto ao estudo do Direito Internacional Público deve ser feito no “Doutorado”, evidentemente. Pretende-

mos neste nosso curso lecionar a matéria, de acôrdo com a lei, em duas aulas semanais, uma teórica e outra prática, de investigação metódica, certo de que, como diz BERGANZA, o exercício é o que faz, em todas as artes, dos homens mestres (11).

Nas aulas teóricas, daremos, este ano, uma síntese dos princípios fundamentais do Direito Internacional em tempo de paz. Nas nossas investigações de seminário, procuraremos aumentar os conhecimentos, e desenvolver o espírito crítico, buscando, em cooperação intelectual estreita com os alunos, atingir a verdade, discutindo e elaborando trabalhos originais.

Estas investigações constituem o fim supremo da Universidade no seu sentido mais elevado. Já dizia FLEXNER, que a Universidade deve abrigar e formar pensadores, experimentadores e inventores,

(9) *Diccionario de Direito Internacional Privado*, 1933, pag. 369.

(10) *Revista da Faculdade de Direito* — Vol. XXV.

(11) *Antiguedades de España* — MDCCXIX, t. 1.º p. 579, n.

professores e estudantes que, sem responsabilidade de aplicação prática, exploram os fenômenos sociais e procuram compreendê-los (12).

Já vão longe os tempos em que os povos se queixavam das universidades, e queriam que se fechasse a de Coimbra, por serem estudos prejudiciais ao Reyno, afim de que se evitassem letrados sobejos e os bachareis excusados no Reyno, e tantas demandas injustas que eles sustentavam, por terem de que viver.. (13)

Não desconhecemos as dificuldades que fatalmente encontraremos no curso de doutorado. Um dos maiores obstáculos será para nós a falta de material. Outro estôrvo seria a escassez de tempo. Esta felizmente não é tão grande para nós. Um dos maiores erros das Universidades é esmagar professores e alunos capazes de investigações, sob o pêso de horários forçados, o que constitue uma verdadeira espoliação contra a sociedade, como salienta, com muita agudeza, Ogg (14).

O sistema de se obrigar um notavel professor a ler e corrigir milhares de provas escritas é inconcebível. Atualmente no nosso doutorado trabalharemos em cooperação, procurando mesmo, quando possivel, recorrer ao auxilio de outros especialistas em ramos diferentes dos conhecimentos humanos. As Universidades estão maravilhosamente adaptadas para éstas investigações originais. Apontaremos o exemplo da "Harvard Research in International Law". Realmente, numerosos problemas de Direito Internacional exigem os esforços combinados de juristas, economistas, químicos, historiadores, etc.

As nossas investigações terão fatalmente, de futuro, importância capital, concorrendo para a formação de professores competentes, para o esclarecimento da opinião pública, e para a formação de uma *elite* intelectual em nossa pátria.

Já na escolha dos estudantes que seguem este curso, seleccionados cuidadosamente, ha uma esperança de progresso intelectual. É necessário, para seguir um curso de Direito Internacional Público, um preparo preliminar de Direito Interno, História e outros numerosos conhecimentos aprofundados, além de maturidade mental.

WHITTON salienta mesmo as vantagens dos estudos em país estrangeiro para os escolares de Direito Internacional, sobretudo para aqueles que o querem ensinar. Diz ele: "Estes estudos deveriam compreender, no mínimo, um ano em uma Universidade estrangeira

(12) *Universities*, American, English, German.

(13) Padre Jozé Pereira Bayão, *Portugal cuidadoso e lastimado*, Lisboa, 1937, páginas 36 e 43.

(14) *Research in the Humanistic and Social Sciences*.

dando cursos apropriados, por exemplo em uma das instituições admiráveis consagradas aos altos estudos internacionais, como os Institutos de Genebra, Hamburgo e Berlim.

Se o aluno não dispõe de tempo tão importante, deveria ao menos seguir durante um ou dois verões os cursos dados na “Academia de Direito Internacional de Haya”. Isto já foi formalmente recomendado desde 1914 pela Associação Americana de Professores de Direito Internacional.

Existem nos Estados Unidos numerosas bolsas destinadas a esse fim. Consideremos que, para aperfeiçoamento da inteligência, e ajuda para a solução dos graves problemas que hoje dividem os Estados, e ameaçam a própria sorte da civilização, é necessário que o especialista em Direito Internacional conheça, não só as concepções jurídicas dos outros povos, mas também suas tradições, costumes, maneiras de vêr, e problemas de toda sorte, e um tal conhecimento é impossível sem viagens de estudos em países estrangeiros, e, mais ainda, sem neles se fazerem estadas mais ou menos longas (15).

SUPERFICIALIDADE

O Direito Internacional inspira-se nos precedentes históricos, e daí sua “superficialidade”, pois estes são unicamente, em regra, a consagração da violência. Edificado por “juristas e diplomatas”, sempre prontos a curvar a espinha diante dos poderosos e justificar os crimes dos triunfadores, distingue-se pelo seu “reacionismo”. No nosso curso, exporemos uma “concepção popular, democrática”, que contrapomos á concepção tradicional, “clássica, aristocrática e nacionalista”, exposta, quasi sempre, nos cursos de “Direito Internacional Oficial”

As bases do Direito Internacional são as mais frágeis que se possam imaginar. RALSTON (16), o grande jurista americano, que, em 1922, fez para o “Direito Internacional Público” o mesmo trabalho de desentulho e reconstrução, que, em 1910, fez NORMAN ANGEL para a “Economia Social Internacional” (17), salienta, em páginas vibrantes, o descrédito do próprio termo “Direito Internacional”. Realmente, tal como é ensinado, esse pretensu Direito não tem nenhuma

(15) *Revue de Droit International*, 1933, VII, t. 12, n.º 4, out. nov. e dez., pág. 596.

(16) *Le Droit International de la Démocratie* (trad. Henry Marquis).

fixidez e os seus princípios são proclamados para serem infringidos e levados em zombaria pelos Estados, parecendo uma criação no papel. Ensina-se sobre cada uma das matérias explicadas o que sobre ela pensam GRÓCIO, HALL ou OPPENHEIM, LAFAYETTE ou EPITÁCIO PESSOA, como se a opinião de um homem pudesse ser o Direito. Demais, não esqueçamos que mesmo o conservador BONFILS-FAUCHILLE manda desconfiar dos publicistas, “testemunhas dos sentimentos e dos usos das nações civilizadas”, na frase de LOUIS RE-NAULT...

Infelizmente os intelectuais, por via de regra, servem os interesses dos poderosos, e traem a sua nobre missão (18). É a prostituição intelectual, muito mais nociva e imensa que a prostituição física, fulminada em frases candentes por BARTHELEMY DE LIGT (19).

D O G M A S

A “Soberania” é o primeiro. De onde veio o poder soberano? Quem o criou? Em virtude de que princípios se funda a soberania para negar a existência atual ou potencial de um poder superior ao seu? Como puderam os juristas acreditar em uma soberania ilimitada, em um Estado “todo-poderoso”, acima de toda lei moral?

“As leis da guerra — eis outra farça. Não temos leis contra a guerra, e sim leis sobre ela. Não deveríamos legislar contra o assassinato e o roubo, mas sim, regulá-los.

REACIONISMO

Desde os seus primórdios, o Direito Internacional foi obra dos diplomatas. Vivendo na atmosfera das côrtes, aí aprenderam que seus senhores não podiam cometer injustiça. Enquanto inauguravam o Direito das Gentes, suportavam:

(18) “Jamás, ni en parte alguna se ha enganado tanto de buena o de mala fe — como en materias politicas; jamás, ni en parte alguna se han desejado llevar los hombres tanto por las apariencias, como en derecho politico y aun en el “derecho internacional”; jamás ni en parte alguna se han dicho tantas mentiras, hablado y escrito tanto sobre cálculos equivocados, como en esta esfera; jamás, ni en parte alguna se ha jugado tanto con las apariencias, se ha deslumbrado tanto, se ha representado tanta comedia, como aqui”. (LUIS GUMPOVICZ — *Derecho Politico Filosofico* — p. 77 — 78).

(19) *Contre la Guerre Nouvelle.*

“La force du pouvoir temporel.
L’attribut de la dignité souveraine et de la majesté.
Dont naissent la crainte et le respect qu’on a des rois”.

Não existe nenhuma potência intermediária entre o rei, o un-
gido do senhor, e a própria divindade. Por uma consequência na-
tural ésta idéia foi aplicada ao Estado (20).

O “Estado onipotente” e a “Sociedade das Nações”, gigantescas
imposturas, são secundadas pelo “clericalismo”, os “grupos políticos
e econômicos”, a “imprensa venal e os intelectuais”, a serviço do
poder. Na escola, os professores ensinam a mocidade a reverenciar
as instituições existentes, os dogmas respeitáveis, preparam a juven-
tude para a escravidão.

**DEMOCRATIZAÇÃO
DO DIREITO
INTERNACIONAL**

O Progresso do Direito Internac-
ional depende do aperfeiçoamento da
alma humana.

É preciso portanto esclarecer o
espírito dos povos, das modernas gera-
ções, até agora imbuidas em mentiras, formar uma *mentalidade
nova*, livre de preconceitos, capaz de criar um Direito Internacional
Democrático; justo, porque será útil: quanto mais nos aproximamos
das fórmulas superiores da sociedade, o que é moralmente bom coin-
cide, cada vez mais, com o que é praticamente útil.

**NOÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL**

- 1 — LAFAYETTE — I, pag. 1 (§
1).
- 2 — CLOVIS — I, pag. 18.
- 3 — ACCIOLI — I, pag. 3.
- 4 — DIENA — pag. 3.
- 5 — OPPENHEIM — I, pag. 1.

Devido às divergências de escola,
variam os autores no definir o Direito
Internacional. É o que salientava já o
nosso eminente LAFAYETTE (21).

Para aqueles que aceitam a *teoria
etática*, segundo a qual só os Estados
são pessoas de Direito Internacional,

(20) RALSTON, — *Le Droit Int. de la Démocratie*.

(21) *Direito Internacional*, I, pag. 2 — A obra de LAFAYETTE,
que citaremos frequentemente, é um dos trabalhos mais notáveis so-
bre a matéria. Publicado o seu livro “PRINCIPIOS DE DIREITO INTER-
NACIONAL”, em 1902, declarou que fazia obra de direito positivo, ba-
seando-se nas fontes mais autorizadas. Recorrendo repetidamente
aos autores dos outros povos não desprezaremos os nacionais, fugin-
do ao mau vêzo de só reputar bom o que é escrito em língua es-
tranha... “Achaque fatal, e que só se pega nos portugueses, deses-
timarem o proprio, por avaliar o peregrino” (FR. ANTONIO DE
SANTA MARIA, *Orbe seraphico*, Lisboa — MDCCLXI).

6	— BONFILS-FAUCHILLE — I
	pag. 4.
7	— DAVIS — pag. 2.
8	— AXEL MÖLLER — pag. 1.
9	— PRADIER-FODÉRE — pag. 2
10	— OLIVI — <i>Diritto Int.</i> , pag.
	3.
11	— GAMA LOBO — pag. 45,
	1865, (Lisboa).
12	— GORDON E. SHERMAN —
	<i>Rev. Amer. Dir. Int.</i> , ..
	1921, tm. 15, n.º 3, p.
	473.
13	— JEAN DEVAUX — <i>Dir. Int.</i> ,
	1935.
14	— BRIENLY — <i>The Law of</i>
	<i>Nations</i> , § 1.º.
15	— HATSCHKE — <i>Cap. I</i> , §
	1.º.

pode ele ser definido: corpo de regras costumeiras e convencionais consideradas legalmente obrigatórias pelos Estados civilizados, em suas relações recíprocas.

DEFINIÇÃO DE OPPENHEIM

É a definição de OPPENHEIM, o saudoso professor da Universidade de Cambridge: “Law of nations or International Law (*Droit des Gens*, *Volkerrecht*) is the name for the body of customary and conventional rules which are considered legally binding by civilised states in they intercourse with each other” (22).

OUTRAS DEFINIÇÕES

Nada mais sendo as definições ordinariamente que a análise do conteúdo de um conceito, traduzindo uma atitude mental ou filosófica, não podem ser criticadas em si mesmas (23), como ensina SPIROPOULOS, o preclaro professor da Universidade de Salônica. Este grande mestre, o técnico admirável de Direito Internacional, salienta o absurdo das críticas ás construções jurídicas, que dependem quanto a seu conteúdo da descrição do observador, e que são conceitos *a priori*, e, portanto, perfeitamente arbitrários. Esse subjectivismo é superado, na prática, pelo *axioma jurídico* fundamental: a expressão da convicção que sempre que em matéria jurídica se recorre a um conceito, é o que foi reconhecido pela opinião dominante que se deve adotar. E existe realmente arraigada na humanidade a idéia de que se deve seguir sempre a opinião da maioria — princípio objectivo majoritário.

(22) *International Law* — vol. I, pag. 1.

(23) MARTINEZ PAZ — *Filosofia del derecho*, p. 47.

PALAVRAS DE SPIROPOULOS

Resumindo suas opiniões sobre o assunto, diz SPIROPOULOS: “Conquanto toda a construção jurídica, do ponto de vista estrictamente abstracto, seja tão exata quanto qualquer outra, ha, entre as diferentes construções imaginaveis, uma construção privilegiada no sentido de ter por si a *opinião dominante*.”

Esta diferença puramente exterior nos fornece o “princípio objectivo” permitindo superar o subjectivismo absoluto em matéria de construções jurídicas. Este princípio da opinião jurídica é o princípio que permite que nos entendamos no domínio das construções jurídicas, e sem o qual a ciência do Direito não poderia existir. E’ ainda este princípio que nos dá a comum medida de apreciação do valor das soluções no domínio da aplicação do Direito (24).

DEFINIÇÃO DE GRÓCIO

.. Feitas éstas observações, lembraremos a definição de HUGO GRÓCIO: “ . est jus gentium quod gentium omnium aut multarum voluntate vim obliganti accepit” (De Jure Belli ac Pacis — Lib. I., cap., I — § 14).

DEFINIÇÃO DE DAVIS

“International Law or as it is sometimes called, the “Law of Nations”, may therefore be defined as that body of rules and limitations which sovereign States, of the civilized world agree to observe in their intercourse and relations with each other” (25).

POLITIS

Completamente diversa da definição de OPPENHEIM é a de POLITIS que diz que o Direito Internacional regula relações de homens pertencentes a grupos políticos diferentes (26). Para ele o homem é pessoa de Direito Internacional, opinião que não podemos aceitar.

(24) SPIROPOULOS — *Droit Intern.* p. 20.

(25) *Internacional Law*, pag. 2.

(26) *Novas tendências do Direito Internacional*, p. 45 — *Le problème des limitations de la souveraineté*. Cours A. D. I. Haye, t. 6, 1925 — I p. 7.

**DEFINIÇÃO DE UM
NOTAVEL INTER-
NACIONALISTA
BRASILEIRO**

pios destinados a regular os direitos e deveres internacionais dos Estados, ou outros organismos análogos, dotados de tais direitos e deveres e dos indivíduos (I, p. 4).

**A DOCTRINA ETÁ-
TICA**

Para nós Direito Internacional é o que regula as relações dos Estados entre si, como diz CLOVIS BEVILAQUA (28). Direito Internacional é o conjunto de normas jurídicas estabelecidas por mútuo consentimento dos Estados para regular suas relações recíprocas (29). Os Estados são, como veremos, as únicas pessoas internacionais. O Direito Internacional regula as relações recíprocas dos Estados com os outros Estados que com eles co-existem na comunhão internacional.

Somente as regras reguladoras das relações dos Estados entre si é que são de Direito Internacional (30).

**OPINIÃO
CONTRÁRIA**

Muitos salientam, além de POLITIS, o desenvolvimento da posição do indivíduo no plano internacional, e argumentam vivamente para provar que não só os Estados são pessoas internacionais. Veja-se: SPIROPOULOS — *L'individu et le Droit International* (Cours-Haya, t. 30); A. MANDELSTANS — *R. D. Int.*, (La Pradelle 1930); JEAN DEVAUX — *Quelques réflexions sur les problèmes essentiels de la qualité de sujet de Dr. Int.* (extrait des *Mélanges Patxot*, Barcelone, 1931, pag. 99).

**DEFINIÇÃO DE
DIENA**

Não podemos deixar de nos referir á definição de DIENA: “El conjunto de normas que determinam los derechos y deberes recíprocos de los Estados y de los entes que formam parte de comunidad jurídica internacional” (31).

(27) *Direito Internacional* — t. I., p. 18, § 2.º, n. 1.

(28) *Direito Internacional* — t. I., p. 18, § 2.º, n. 1.

(29) NIEMEYER — *D. Int.* p. 16.

(30) AXEL MÖLLER — p. 1, 3.

(31) *Der. Intern. Pub.* p. 4.

Acha DIENA que, além dos Estados, seria grave erro excluir a possibilidade de que em diversas condições históricas também outros entes, além dos Estados, possam reputar-se sujeitos de Direito Internacional. Acrescenta que os principais sujeitos deste Direito são os Estados, e que se ocupará das relações entre estes, objecto do seu trabalho. Ora, parece-me, que ninguém nega a possibilidade de outros entes se tornarem, em diversas condições históricas, sujeitos de Direito Internacional, o que se contesta é que o Direito Internacional atualmente regule outras relações que não as que se estabelecem entre os Estados.

O Direito Internacional pôde transformar-se, transformar-se-á fatalmente, e são precisamente as perspectivas de suas futuras transformações que tornam, ainda mais empolgante e difícil o seu estudo.

SINONÍMIA

- | |
|----------------------------------|
| 1 — PRADIER-FODÉRÉ — I, pag. 10. |
| 2 — ACCIOLI — pag. 3 (nota 1). |
| 3 — OLIVI — pag. 4. |

A expressão “Direito Internacional” é recente. Entre os romanos chamou-se *Jus Feciale* (32). Chamou-se depois “Jus Gentium”, expressão dúbia, e que dava lugar a confusões (33).

Foi BENTHAM (sec. XVIII) quem primeiro usou da expressão “Direito Internacional”. BENTHAM inventou o termo “Direito Internacional” (Internation Law), em 1790.

Na edição de 1823, de seu livro “Morals and Legislation (V. II, pag. 262), diz: “Quanto á expressão internacional teve suas raízes na linguagem deste trabalho, ou das primeiras obras da tradução em francez de DUMONT (Lawrence S. Wheaton, p. 114)”.

NYS (34) explica que essas expressões são sinônimas, mas que alguns autores tentaram distinguí-las. Para eles, o *Direito das Gentes ensinaria a regra que deveria ser observada, o Direito Internacional, a regra observada na realidade* (DENIS C. HERON).

Mas essa distinção não foi adotada, como ensinou JEAN DEVAUX, em sua recentíssima obra sobre a materia (1935).

É bom advertir que as expressões *Direito Internacional* e *Direito das Gentes* são sinônimas (LAFAYETTE, p. 2, DESPAGNET, p. 41, BONFILS-FAUCHILLE, p. 5, n. 3).

MARCEL MOYE, o insigne professor de MONTPELLIER, denomina o seu trabalho — *Droit des Gens Moderne*. No Brasil, como ensina CLOVIS BEVILAQUA, tem-se usado indistintamente das duas expressões. O decreto de 25 de novembro de 1826, que nomeou o Comen-

(32) FUSINATO — *Del feziale e del diritto feziale*.

(33) GORDON E. SHERMAN — *Jus Gentium and International Law-American Journal*.

(34) *Droit Int.* p. 61.

dador BLANCARDI plenipotenciário para o CONGRESSO DO PANAMA, falou de *princípios luminosos do Direito das Gentes e Público Universal*.

A lei de 11 de agosto de 1827, criando os cursos jurídicos, em São Paulo e Olinda, instituiu uma cadeira de Direito Natural Público, análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia. Essas palavras se reproduzem nos estatutos aprovados pelo decreto de 7 de novembro de 1831. Segundo os estatutos de 1854 (decreto n.º 1.386, de 28 de abril) na 1.ª cadeira do 2.º ano das Faculdades de Direito devia ensinar-se, além de outras matérias, o *Direito das Gentes*. O decreto de 19 de abril de 1879 falou em Direito das Gentes e da mesma denominação se serve o decreto n.º 1.232-F, de 2 de janeiro de 1891. A lei n.º 314, de 30 de outubro de 1895, o Código do Ensino e o dec. 11.530 usam da expressão *Direito Internacional*. O decreto 16.782-A, de 13 de janeiro de 1926, fala em *Direito Pública Internacional*. Atualmente, modificou-se a seriação de matérias do curso jurídico, e o Direito Público Internacional é ensinado não no 3.º ano do curso do Bacharelado, e o Direito Privado Internacional no 2.º ano, 2.ª secção do Curso do Doutorado (decreto 19.852, de 11 de abril de 1931), como determinava a reforma Francisco Campos, mas sim no 2.º ano do Doutorado, tendo o Direito Privado Internacional passado a ser lecionado no 5.º ano do curso do Bacharelado.

DIVISÃO

- 1 — OPPENHEIM — I, § I.
- 2 — ACCIOLI — pag. 5.
- 3 — BONFILS-FAUCHILLE — I, pag. 21.
- 4 — LISZT — pag. 17.
- 5 — DIENA — pag. 30.
- 6 — PRADIER-FODÉRE — I, pag. 50.
- 7 — OLIVI — § 3, pag. 5.
- 8 — AXEL MÖLLER — I, pag. 70.

O Direito Internacional é *Universal, Geral* ou *Particular*. Não nos referimos á divisão em natural e positivo. O Direito Natural não existe. Um belo resumo de influência do chamado Direito Natural na constituição do Direito das Gentes vem no § 2.º do trabalho de BRIERLY (*The Law of Nation*). VATTEL

referia-se ao necessário e ao voluntário (L. II.º, cap. 12).

A parte das regras consuetudinárias e convencionais, consideradas legalmente obrigatórias, respeitadas em todos os países civilizados sem excepção, eis o que se denomina Direito Internacional Universal. Exemplo: *O Direito de Legação*. A parte dessas regras obrigatórias para um grande número de Estados, incluindo potências, constitue o Direito Internacional Geral, que tende a tornar-se Universal (35). Exemplo: O Pacto da Sociedade das Nações.

(35) V. VERDROSS — *Cours*, 30, pag. 297.

A parte dessas regras, finalmente, obrigatórias somente para dois ou mais Estados, é o que se chama Direito Internacional Particular (36). É essa a divisão da matéria adotada por OPPENHEIM.

BOURQUIN (37) divide o Direito Internacional em comum e particular. Refere-se também ás regras particulares que se apresentam como regionais, que não aspiram a se tornar gerais, mas sim se superpõem ao Direito Comum ou o suprem. Ha, entretanto, regras particulares que procuram universalizar-se, como o pacto Briand-Kellog.

O Direito Internacional pôde dividir-se, segundo alguns (38), em Direito Internacional *em tempo de paz*, e Direito Internacional *em tempo de guerra*. O Direito Internacional da guerra determina os direitos e deveres dos Estados beligerantes e dos neutros, que existem pelo fato de se encontrarem dois ou mais Estados em situação de guerra. O Direito Internacional da paz regula as relações de ordem pacífica, quer tenham lugar em tempo de paz, quer no de guerra.

Efetivamente, como observa o sábio internacionalista DIENA, a guerra não suprime a applicabilidade das normas de Direito Internacional de paz nas relações entre os Estados que não se encontram entre si em situação de hostilidade, e mesmo entre os Estados beligerantes: algumas dessas normas podem ser applicadas durante o curso da guerra, contanto que não tenham nenhuma conexão com as relações de ordem bélica (39).

Outros não admitem ésta divisão da matéria. Afirmam que a guerra já não é uma instituição jurídica, e, sendo hoje um ato universalmente condenado, a divisão não pôde permanecer.

Esta divisão foi formulada por GRÓCIO, e aceita por numerosos escritores que se lhe seguiram (40).

Atualmente as relações de proporção entre os dois direitos variaram. A princípio o Direito Internacional em tempo de guerra é que era importante, e o *Direito Internacional da Paz* não ocupava tanto a atenção dos escritores. Hoje, ao contrário, vê-se o Direito da Paz aumentar cada vez mais de importância e extensão e tornar-se o sistema normal das relações entre os Estados (41).

(36) Alguns não consideram o D. I. Particular como sendo D. I. (Cf. HERSHEY, p. 1).

(37) *Cours Ac. D. Int.*, La Haye, vol. 35, pag. 6 — Alguns se referem ao D. I. europeu, americano, asiático, africano e até australiano (BONFILS-FAUCHILLE — p. 34-7).

(38) A. CAVAGLIERI — *Cours* — 26, pag. 315.

(39) AXEL MÖLLER — I., p. 71.

(40) OLIVI — p. 8.

(41) AXEL MÖLLER — I, p. 70.

Os autores que negam a existência do Direito da guerra argumentam que ela é um estado de anarquia entre Estados, uma relação de violência, impossível de ser regulada pelo Direito, que a guerra é incompatível com ele. Essa doutrina não está de acôrdo com a realidade. Conquanto seja desejavel acabar-se com a guerra, ela é, no momento atual, uma triste realidade regulada pelo Direito Internacional, uma instituição perfeitamente legal, em virtude da vontade dos Estados, como se deduz dos costumes e das convenções internacionais (42). Dividem, ainda, os autores o Direito Internacional ora em *material e formal*, ora em declarativo e preceptivo, etc. (AXEL MÖLLER — I, p. 71).

**OBJEÇÕES CONTRA
A EXISTÊNCIA DO
DIREITO INTERNA-
CIONAL**

- 1 — BRAZ ARRUDA — Revista da Faculdade, v. 21, pag. 637.
- 2 — OPPENHEIM — I, pag. 3.
- 3 — ACCIOLI — pag. 23.
- 4 — BONFILS-FAUCHILLE — I, pag. 16.
- 5 — NYS — I, pag. 133.
- 6 — PRADIER-FODÈRE — I, pag. 26.
- 7 — OLIVI — § 4.º, pag. 9.
- 8 — PÉRITCHE NIEMEYER — *Zitschrift für Int. Recht.* 1931.
- 9 — AXEL MÖLLER — I, pag. 66.
- 10 — JEAN DEVAUX — *Dir. Int.*, pag. 3 e segts.

Muitos autores têm negado a existência do Direito Internacional, ou, pelo menos, a sua autoridade efetiva. Diversas objeções têm sido feitas contra a sua existência, sendo as seguintes as mais importantes: *falta de uma lei internacional, de Tribunal Internacional e de força encarregada de o fazer respeitar*. Essas objeções não procedem como demonstrei longamente no meu trabalho “CONCILIA-SE A EXISTÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL COM A FALTA da COAÇÃO?” (43).

**A PRIMEIRA OB-
JEÇÃO**

À primeira objeção responde-se com BONFILS, CRUCHAGA e outros, que não são a mesma coisa lei e Direito. Póde não existir uma lei, e existir um Direito Internacional. A lei nada mais é do que a tradução ou transcrição do Direito, é o Direito preexistente que adquire uma forma oficial. Todos os Códigos nasceram depois do funcionamento de regras de Direito. Poderá ser mais debil o Direito que não é

(42) *Revista da Faculdade* — Vol. 21, 1913, p. 637.

(43) *Revista da Faculdade* — Vol. 21, 1913, p. 637.

consagrado oficialmente em lei, mas não quer isto dizer que não exista, não tenha autoridade efetiva, como observa PHILLIMORE. Não será tão perfeito, tão claro, tão preciso como o Direito Interno, e isso reconhecem SAVIGNY (1814), LAFAYETTE e outros (44), mas é um verdadeiro Direito. Dentro da comunhão nacional, dizem os negadores do Direito das Gentes, os costumes com o tempo chegam a ser consagrados em lei, ha uma autoridade que promulga os codigos: mas, quem legisla, quem dá fôrma aos costumes na sociedade dos Estados?

Realmente, o DIREITO INTERNACIONAL é, na sua maior parte, consuetudinario (45), mas, ao lado dele, no sec. XIX, surge o DIREITO DAS GENTES CONVENCIONAL, com uma importância extraordinária. Demais, dentro em pouco, os Estados organizados terão como órgãos da SOCIEDADE MUNDIAL os poderes legislativo, executivo e judiciário (46).

Por enquanto, os Estados não têm nenhum poder uns sobre os outros, sendo o DIREITO INTERNACIONAL um direito entre os Estados (between(), e não sobre os Estados (above). Os Estados submetem-se ás regras do Direito Internacional pelo consentimento comum.

SEGUNDA OBJEÇÃO

Por não haver Tribunal, não se segue que não haja Direito. Demais ha TRIBUNAIS INTERNACIONAIS. Lembremos somente o TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, criado em virtude do Pacto da Liga das Nações (art. 14). Alem disso, como salienta LAFAYETTE (I, § 14), não é característico do Direito Positivo que ele emane de um poder superior; nem tão pouco é uma necessidade, para que ele se considere tal, a existência de um poder organizado para applicá-lo e torná-lo efetivo.

(44) Esse capitulo de SAVIGNY — *Traité de Droit Romain*, trad. de Ch. Ghenoux (1855), é muito interessante. Salienta o grande jurisconsulto que o Direito Internacional baseia-se em uma *comunhão de idéias*, fundada em relação de origem ou *relações religiosas*. Daí o Direito Internacional que se formou entre as *nações cristãs da Europa*, o antigo *Jus Feciale* dos romanos. SAVIGNY nega contudo que o Direito Internacional seja um Direito Positivo. LAFAYETTE, pelo contrário, o considera, mais justamente, como tal (I, § 14).

(45) LAFAYETTE — VI — (pag. anterior).

(46) V. VERDROSS — *Cours* 30, pags. 309 e segts.

**IMPORTÂNCIA DAS
OBJEÇÕES CONTRA
A EXISTÊNCIA DO
DIREITO INTERNA-
CIONAL**

Essas questões são somente teóricas, pois a prática nunca se recusou a confessar a autoridade do Direito das Gentes. Na prática internacional, os Estados sempre reconheceram a sua força, a obrigatoriedade de seus princípios, expressa ou tacitamente (47).

O governo inglês respondia, em 1763, ao governo prussiano: “O Direito das Gentes é fundado na justiça, na equidade, na conveniência e na razão das coisas, e confirmando por prolongado uso”

Veja-se também em FIORE (48) e MARTENS (49) a nota dirigida pela Rússia às potências aliadas sobre as atrocidades praticadas pelos turcos na Sérvia.

OS CONGRESSOS

O Direito Internacional também foi sempre reconhecido como obrigatório pelos congressos e conferências. Na dec. de AIX LA CHAPELLE (15 de Novembro de 1818) os contratantes se obrigaram a nunca se separarem dos princípios do Direito das Gentes.

Citaremos ainda: O TRATADO DE PARIS DE 1856, e celebrado entre a França, os Estados Unidos e a Inglaterra, 18 de Maio de 1871 (Caso do Alabama), e o de 7 de Março de 1831, entre o Chile e os Estados Unidos. Entre outros, reconheceram a obrigatoriedade do Direito Internacional o Congresso de Vienna (1814-1815), de Paris (1856), as conferências de Londres e Washington (1871), os Congressos de Berlim (1878) e o Preâmbulo do Pacto da Liga das Nações (1919).

AINDA MAIS

Ainda mais, não só os Estados reconhecem a obrigatoriedade dos princípios do Direito Internacional, como ainda fazem os seus Tribunais civis e criminaes, os seus funcionários e os seus súditos respeitar as suas regras (50).

(47) LAFAYETTE — § 14; BYNKERSCHOEK F. L. — cap. 19, SAVIGNY, I — cap. 2 § 11 — t. V.

(48) T. 1.º — p. 138.

(49) *Recueil des Traités conclus par la Russie avec les Puissances étrangères*, t. I, p. 178.

(50) Mesmo nos Estados em que o D. I. não faz parte do D. Interno, como na Dinamarca, os tribunais nacionais têm que interpretar e aplicar tratados e outras regras de D. das Gentes. Daí a necessidade de os juizes conhecerem o D. I. que não pôde ser considerado mera lei estrangeira (A. MÖLLER, p. 8 — STRUPP, I, p. 25).

**O DIREITO
INTERNACIONAL E
A OPINIÃO PÚBLICA
MUNDIAL**

timento comum dos membros da comunhão internacional, vê-se que ele é um direito obrigatório como qualquer outro.

VIOLAÇÕES

Os princípios de Direito Internacional são violados frequentemente (51), mas os Estados que os violam são os primeiros a justificar o seu procedimento lançando mão das próprias regras do Direito das Gentes. Nunca se viu um povo proclamar que violou concientemente as regras do Direito Internacional. Pelo contrário, procuram sempre os Estados que o violam, interpretá-lo, afirmando que se submeteram aos seus princípios. *Demais, toda violação do Direito Internacional é fatal* ao Estado que a pratica (52).

S Í N T E S E

Resumindo: as objeções que, desde HOBBS e PUFFENDORFF até AUSTIN, se fazem contra a existência do Direito Internacional não resistem a um exame atento. Pouco importa que o Direito Internacional seja na sua maior parte consuetudinário, pois nunca existiu um povo que tivesse unicamente direito escrito (PHILIMORE — OPPENHEIM).

Por não existir um corpo de leis internacionais, por não haver tribunal internacional, não e que o Direito das Gentes deixaria de existir. Enquanto houver relações de Estado a Estado, haverá também um Direito que as reja juridicamente.

FUNDAMENTO

- 1 — Columbia Law Review, XIX, (1919, pag. 429).
- 2 — PRADIER-FODÉRE — I, pag. 67.
- 3 — OPPENHEIM — I, pag. 14.
- 4 — ACCIOLI — pag. 6.
- 5 — VENDROSS — Cours, t. 16, pag. 288.
- 6 — SPIROPOULOS — R. D. I, III, (1929, pag. 119).
- 7 — OLIVI — 2.º, pag. 4.

Numerosas são as doutrinas sobre o fundamento do Direito Internacional. Vejamos em primeiro lugar a doutrina da CONVICÇÃO JURÍDICA de KRABBE e DUGUIT — vulgarizada por POLITIS. Para esta doutrina, o Direito Internacional existe porque os homens estão convencidos da sua existência e também da obrigatoriedade de suas normas. DUGUIT, na sua monumental obra, diz

(51) LAFAYETTE, VII.

(52) Já se afirmou que o sentimento da justiça é o órgão do Direito Internacional; a história seu tribunal e que a sorte pune aquele que o viola (Cf. HEFFTER, 3).

que uma norma é obrigatória quando, em um momento determinado, é ela considerada tal. E' o mesmo que dizer que se neste grupo a norma é violada, é desrespeitada, pela maioria do povo, a massa dos espiritos acha que ela não é mais obrigatória, deixa de existir. A norma jurídica baseia-se, portanto, na opinião dominante. Consulte-se a respeito o TRATADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, edição de 1921, pag. 65. Esta é a doutrina da convicção jurídica: quando o espírito público, a maioria do povo acha que uma regra é obrigatória, ésta torna-se uma norma jurídica. Três são, portanto para DUGUIT, os elementos da norma jurídica:

- 1.º) convicção comum da obrigatoriedade da norma;
- 2.º) convicção de que é necessário que ésta norma exista para manutenção da ordem social;
- 3.º) que seja conforme ao espírito público que ésta norma seja sancionada.

Quando existem éstas três condições a norma é jurídica. DUGUIT faz aplicação da teoria ao Direito Internacional em seu tratado: para que exista Direito Internacional é preciso que exista uma consciência internacional.

Existe uma norma jurídica internacional quando a consciência internacional acha que ésta regra de Direito deve ser respeitada, que é justo, que é vantajoso, que é necessário que a norma seja respeitada para manutenção da solidariedade internacional.

Quando ésta consciência jurídica existe, quando ha a convicção da existência de uma norma jurídica, quando existe a convicção arraigada de que a norma deve ser respeitada, que é obrigatória, tal norma é de Direito Internacional (obra cit. p. 55) (53).

<p>SERÁ O DIREITO NATURAL O FUN- DAMENTO?</p>
--

Muitos sustentam que o Direito Internacional Público se funda no Direito Natural. Realmente quando se formou o Direito Internacional acreditavam muitos na existência de um Direito Natural. Mas, quando se trata de saber o que seja Direito Natural, aí começam as dúvidas, não se tendo conseguido até hoje conceituar ésta miragem jurídica (54).

Admitamos, por hipótese, que o Direito Natural seja uma parte determinada da Moral, funde-se na Moral. Perguntamos nós a ra-

(53) BRIERLY — *Cours* — 23, pags. 236 e segts.

(54) O D. Natural não existe, já ensina GUMFLOWICZ (*Der Polit. Philos.*, p. 80).

ção da obrigatoriedade do Direito Natural, e responderão os adeptos do Direito Internacional Natural que o fundamento último do Direito Internacional é a Moral. Mas, pergunto eu, qual o fundamento da Moral? Talvez seja, em última análise, a teoria deles redutível à convicção jurídica.

**A DOCTRINA DA
AUTO-LIMITAÇÃO**

Vejamos agora a célebre *doutrina da auto-limitação* de JELLINECK. Parece-nos que essa doutrina não é moderna. Vem do Direito Romano. Por ela

o Estado soberano não pôde estar limitado pelo *Direito*. Não tem nenhum poder acima de si. Se a soberania é um poder ilimitado, incontrastavel de querer, o Estado não pôde estar sujeito a nenhuma lei, não tem limites na sua ação. Esta é a primeira parte da doutrina de JELLINECK. Mas, o Estado que tem essa soberania ilimitada, pode auto-limitar-se, e, auto-limitando a sua soberania, submete-se voluntariamente ás normas jurídicas. Assim, fica o Estado vinculado á norma jurídica. Perguntam criticos e filósofos, entre os quais NIPPOLD: por que é que o Estado se submete ao Direito que ele mesmo cria? Porque auto-limita o Estado os seus poderes? Responde NIPPOLD: o Estado tem a convicção de que deve se ligar a uma norma, de que deve se submeter ao princípio que cria, ao Direito que ele próprio criou. Em última análise, pois, chegamos á doutrina da convicção jurídica. Citemos palavras do próprio JELLINEK:

“Toda tarefa da Filosofia do Direito concentra-se na questão de saber porque a vontade se deve considerar como ligada. Seja que se aceite a ordem divina, com a escola teológica, seja que se aceite a lei da natureza humana, com a escola naturalista, seja emfim que se considere o contrato, com a escola do Direito Natural, como fonte da ordem jurídica, sempre trata-se de explicar este enigmático fenômeno psicológico que consiste em saber-se a vontade suscetível de ser obrigada, a sentir-se obrigada na realidade. Quando KANT queria fechar a discussão sobre o motivo da força obrigatória dos Tratados pela afirmação, que declara a obrigação contratual como sendo um imperativo categórico, frisou a verdade, pois a última base psicológica de uma obrigação não pôde se encontrar senão no fato de se ter diretamente consciência de se ser obrigado. O pretendido imperativo categórico não indica senão o fato de uma análise psicológica ulterior de a consciência de uma obrigação não ser possível”.

Ora, quando JELLINEK diz que o Estado auto-limita a sua soberania, e se submete ao princípio por ele mesmo criado, é porque está convencido de que deve submeter-se ao direito que ele mesmo criou.

Os autores da teoria da auto-limitação distinguem entre um fundamento formal, ou jurídico, e um fundamento filosófico sociológico do Direito das Gentes. Quando falam de uma vontade ligando-se a si própria, querem simplesmente dizer que se está ligado á vontade uma vez manifestada (fundamento formal). Porque? Porque a vontade se sente ligada (fundamento material). Chegamos pois á doutrina da convicção jurídica.

OUTRAS DOCTRINAS

WENZEL diz que o Direito é sempre direito do Estado, que o Estado é que criou o Direito, e que o Direito Internacional obriga, em virtude do Direito Interno. É a doutrina da delegação. Toda norma de Direito Internacional está subordinada a uma norma de Direito Interno. E' o sistema do império, da primazia do Direito Interno. O Direito Internacional nada mais é do que uma ramificação do Direito Interno, na ordem internacional, sua obrigatoriedade deriva do Direito Interno. Assim se um chefe do executivo de um Estado celebra um tratado internacional, é porque tem poderes pelo Direito Interno. Esse tratado obriga ao Estado, em virtude do poder que tinha o chefe do executivo para obrigar o seu Estado. O Direito Internacional existe, porque foi criado pelo Estado, e como todo Direito é Direito do Estado, o Direito Internacional obriga em virtude do Direito do Estado. As normas do Direito Internacional são uma delegação de normas do Direito Interno. O Direito Internacional nada mais é portanto, que um prolongamento do Direito Interno na ordem internacional.

Existe ainda uma outra doutrina sobre o fundamento do Direito das Gentes, a da *vontade comum*, de TRIEPEL. Não existe para este autor uma vontade de Estado, mas sim uma vontade comum dos Estados. Um grande número de Estados resolve submeter-se a certas normas, e éstas se tornam obrigatórias. Os Estados se submetem a ésta vontade comum, aos princípios criados por eles, porque têm a consciência, porque têm a convicção de que devem se submeter a estes princípios criados pela vontade comum. Eis-nos novamente chegados á doutrina da CONVICÇÃO JURÍDICA.

A REGRA FUNDAMENTAL SUPREMA FUNDAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL

KELSEN, o Einstein do Direito, diz que toda norma jurídica deriva de uma norma superior. Esta depende de uma outra norma, e se todas as normas jurídicas dependem de outras normas superiores, podemos conceber o Direito como uma formidável pirâmide. Todo Direito dependê, enfim, de uma norma última da qual todas as outras normas derivam: — é a *norma suprema*. Esta norma superior, esta norma suprema, esta norma última, da qual derivam todas as normas jurídicas, é denominada *norma hipotética ou norma fundamental suprema*.

VERDROSS, seguindo a KELSEN, diz que a norma fundamental suprema é a regra PACTA SUNT SERVANDA. A esta teoria poderíamos fazer varias objeções. O Direito das Coisas, por exemplo, não se baseia nessa regra PACTA SUNT SERVANDA. Diz muito bem DIENA que não se pôde fundamentar todo o Direito Internacional neste princípio, que se refere unicamente a uma de suas partes. Pôde-se, realmente, discutir se tal princípio pôde considerar-se como um axioma, e nem mesmo é característico do Direito das Gentes, mas vale em geral, para a matéria de obrigações convencionais em qualquer ramo do Direito.

Para VERDROSS toda regra convencional supõe o princípio PACTA SUNT SERVANDA. Daí a pirâmide jurídica (*Cours*, XXX, 290). E' o sistema unitário do Direito, tendo por base o Direito Internacional (id. p. 292). Além disso, para aqueles que sustentam que o costume não é um contrato tacitamente feito entre Estados, também não se baseia o costume na famigerada regra PACTA SUNT SERVANDA.

Que o Direito consuetudinário é convenção tácita sustentaram GRÓCIO, Prol. § 3.º, RACHEL, De Jur. Nat. et Gent., BYNKERSHOLEK, TRIEPEL, ANZILOTTI, CAVAGLIERI; contra, estão VITORIA (De Indis), OPPENHEIM, WESTLAKE, VIRSCHER (*Cours*, 6-925, I, p. 361), FAUCHILLE, (I, pag. 43) e G. BALLADORE PALLIERI (Riv. X-1928, pag. 338), o eminente professor de Messina, que não exigem para a criação de uma regra universal adesão de todos os Estados. E é esta a teoria que está de acôrdo com a prática internacional.

VERDROSS responde a essas objeções que elas são feitas porque nem todos compreendem a sua concepção. A concepção da regra PACTA SUNT SERVANDA é, para ele, original, diferente de todas as outras, portanto, aqueles que se baseiam na accepção vulgar da regra não têm razão. E' preciso para combatê-lo saber o que ele quer dizer...

E, depois, não explica convenientemente o conceito que tem desta famosíssima regra — PACTA SUNT SERVANDA (55).

**FUNDAMENTO DO
DIREITO INTERNA-
CIONAL**

WESTLAKE — Dir. Int. (trad.
Lapradelle — 1924, 7, 9, 316).

Nós respeitamos o Direito, os Estados respeitam o Direito, porque estão convencidos de que ha utilidade e vantagem em respeitá-lo. Os Estados se submetem ao Direito, porque acham indispensavel ésta submissão ás normas jurídicas. E' perfeitamente inutil, parece-nos, perguntar porque nos submetemos ás normas jurídicas. Basta-nos verificar que ha certas normas obrigatórias ás quais estamos convencidos de que nos devemos submeter. O Direito, explica OPPENHEIM, baseia-se no consentimento comum. Se o Direito é um corpo de regras para a conduta humana dentro de uma comunhão social, que por consentimento comum dessa comunhão pôde ser sancionado por um poder superior, o consentimento comum é a base de toda a lei, o fundamento do Direito.

**CARACTERISTICOS
DAS REGRAS OU
NORMAS JURÍ-
DICAS**

As regras morais applicam-se á consciência, e á consciência unicamente. Um ato de caridade perderia todo o mérito se não fosse perfeitamente livre. Ao contrário, *uma regra jurídica caracteriza-se por poder, em caso de necessidade, ser sancionada por uma força exterior. A sanção não é pois indispensavel á existência do Direito, a coação não é portanto a sua característica.*

Vejamos a formação das leis.

Pelo consentimento comum, na Inglaterra o Parlamento é competente para legislar. Mas, porque tem força obrigatória uma lei emanada do Parlamento inglês? Porque, atrás dele, está o consenti-

(55) Os alemães como salienta SIMONS (*Cours — Ac. Dr. Int. La Haye, XV, pg. 475*), têm um pendor imoderado pelos sistemas, doença mental pouco conhecida na Inglaterra. Realmente, o racionalismo é bom engenheiro, mas deve prevenir sua máquina com uma válvula de segurança para que o irracional possa escapar, ele que é a força motora das coisas humanas. De modo contrário, o irracional torna-se um verdadeiro diabo, e fará saltar todo o edificio filosófico. Diz SIMONS que em sua luta contra a natureza das coisas os setários de KELSEN fazem lembrar os versos do poeta latino: NATURAM EXPELLAS FURCA TAMEN USQUE RECURRET.

mento comum do povo inglês, expresso por meio do Direito não escrito.

Daí poderemos concluir com OPPENHEIM: "Thus the very important fact comes to light that all statute or written law is based on unwritten law in so far as the power of Parliament to make statute law is given to Parliament by unwritten law". É pelo consentimento comum do povo inglês que o Parlamento tem a faculdade de fazer leis, que podem ser sancionadas por um poder exterior. E ainda ao lado das leis feitas pelo Parlamento, existem, e, constantemente, dia a dia, crescem e aumentam, outras normas consuetudinárias, ou não escritas, reconhecidas quotidianamente pelos Tribunais.

O CONSENTIMENTO COMUM

Mas, que significa consentimento comum? Se significasse que todo e qualquer membro de uma sociedade devesse dar esse consentimento comum a todo o momento, se significasse que, em qualquer momento, qualquer membro de uma comunhão social pudesse negar, ou tivesse de dar o seu consentimento para haver lei, esse consentimento comum nunca existiria. Os individuos, membros de uma sociedade, nascem nela, nela crescem, desenvolvem a sua actividade, e nela morrem, dando lugar a outros.

A sociedade, a comunhão social, conserva-se inalterada, conquanto uma mudança contínua se opere nos seus membros.

O consentimento comum (*common consent*), significa, portanto, o consentimento, expresso ou tácito, de uma maioria tão esmagadora, que os que dissentem desaparecem, por assim dizer, completamente. Saber se ha, em determinado caso, consentimento comum é um facto de prática, e não de teoria. E' um caso de observação e apreciação, como a conhecida pergunta: quantos grãos fazem um monte? (56).

As regras legais que passam dos antepassados aos descendentes com força obrigatória são leis somente enquanto estes, por consentimento comum, as observam.

Novas regras só se tornam normas jurídicas si conseguem o consentimento comum dos que compõem a sociedade em um dado momento (*MAINE — Ancient Law — pag. 7*).

E' por isso que o costume está no começo de toda lei, escrita ou não escrita (57).

(56) How many grains make a heap?

(57) LAFAYETTE, § 5.º, pag. 8 (nota).

O que dissemos acerca da lei pura e simples, applica-se ao Direito Internacional. Contudo a comunhão pela qual é dado esse consentimento, não consiste em indivíduos, mas, sim, em Estados. Na sociedade dos indivíduos, existe uma mudança constante nos seus membros, ao passo que na sociedade dos Estados essas mudanças são muito mais raras. De vez em quando, na *Familia das Nações*, surge um membro, ou desaparece outro.

Nela, os novos membros são recebidos simplesmente, por consentimento *expresso* ou *tácito* dos Estados antigos. E' pois necessário estudar o que vem a ser esse consentimento comum na *Familia das Nações*.

CONSENTIMENTO COMUM NA FA- MÍLIA DAS NAÇÕES
--

As regras consuetudinarias do Direito Internacional appareceram por consentimento comum dos Estados, que agiram de tal fórma que o seu modo de proceder incluiu e significou adesão, ao menos tácita, a elas. Por mais longe que estudemos a formação dos usos e a transformação deles em costumes, elas se operaram da maneira seguinte: — as relações dos Estados exigiam certas regras de proceder, usos singulares criaram-se entre eles, agindo os povos de um mesmo modo, quando apparecia uma occasião oportuna.

No fim da *Idade Média*, desenvolvendo-se extraordinariamente o comércio, e aumentando as relações entre os povos, mais se tornou necessário o apparecimento de regras reguladoras dessas relações. Essas regras, tiradas de considerações religiosas, morais, historicas e racionais, esses usos e costumes reguladores das relações entre os povos cristãos da Europa, formariam mais tarde o Direito das Gentes.

Foi então que HUGO GRÓCIO reuniu, com o seu "DE JURE BELLI AC PACIS", todas as regras que então regiam as relações internacionais, formando um corpo sistemático, uma verdadeira consolidação de costumes internacionais (58), e a sua obra era tão perfeita e se adaptava tão bem ás necessidades do momento que se tornou a base de todo o desenvolvimento posterior do Direito das Gentes.

Mas, sem a convicção dos governos e da opinião publica dos Estados civilizados de que essas regras deveriam ser legalmente obrigatórias, de um lado; e, sem a pressão dos interesses dos Estados, de outro, o Direito Internacional nunca se formaria. No século XIX, verificando-se a obscuridade e a insuficiência dos usos e costu-

(58) LAFAYETTE, § 10 (leitura muito proveitosa).

mes, novas regras foram criadas por meio dos tratados. Assim as *regras convencionais* criaram-se ao lado das *consuetudinarias*.

Novos Estados admitidos na Família das Nações aceitam as regras nela em vigor.

Não podem, contudo, aceitar umas, e outras não, salvo quando, como no caso da CONVENÇÃO DE GENEBRA, são obrigatórias unicamente para as partes contratantes, ou para os Estados que a elas aderiram posteriormente.

Tambem um Estado não pôde declarar, num dado momento, que não se submete mais a uma regra de Direito Internacional. O corpo das regras que se aplicam na Família das Nações, só pôde ser alterado por consentimento comum, e não por declaração unilateral de um Estado (59).

Isto applica-se ás regras costumeiras e convencionais, e violaria evidentemente o Direito Internacional o poder signatario da Declaração de Paris de 1856, que declarasse que deixava de ser parte nela. Mas é bom observar que isso não se dá quando um dos Estados se reserva o direito de denúncia.

CONCLUSÃO

Temos assim explicado o fundamento do Direito Internacional, e concluído que este se baseia no consentimento da maioria esmagadora dos Estados civilizados, ou, em última análise, na convicção profunda que os Estados têm de que se devem submeter a essas normas jurídicas. Perguntar porque os Estados estão convencidos de que o Direito Internacional é obrigatório, investigar o motivo da obrigatoriedade das normas jurídicas, é questão que não interessa absolutamente. Existem certas normas, os Estados estão convencidos de que devem respeitá-las: é o bastante.

DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

- 1 — OPPENHEIM — I, pag. 24.
2 — ACCIOLI — pag. 15.
3 — OLIVI — pag. 53.

E' radical a diferença entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Quem melhor tratou da matéria foi o eminente TRIEPEL, no seu monumental trabalho sobre o assunto (60), e no seu curso na Academia de Direito Internacional de Haya (1923).

(59) R. ROXBURGH — *Rev. Am. Der. Int.* — 1920 — t. 14, ns. 1 e 2, pag. 25 — *La Sanción del Der. Int.*

(60) *Droit International e Droit Interne* — par HENRI TRIEPEL — Trad. de R. Brunet — (1920).

Sintetizando os seus profundos e sábios ensinamentos e os do preclaro professor de Cambridge, OPPENHEIM, diremos que o Direito Internacional e o Direito Interno diferem:

- 1.º — pelas suas fontes;
- 2.º — pela sua própria substância;
- 3.º — pelas relações que regulam.

Pelas suas fontes, porque as do Direito Interno são os costumes que surgiram nos limites territoriais do Estado e as leis emanadas do seu Poder Legislativo, e as fontes do Direito Internacional são os costumes que surgiram das relações entre os Estados e os tratados celebrados pelos membros da Família das Nações.

Pela sua própria substância, porque o Direito Interno é um Direito do soberano sobre os indivíduos, e o Direito Internacional não é um direito sobre os Estados, mas um Direito entre Estados soberanos.

Quanto às *relações reguladas*, o Direito Interno regula as relações entre os indivíduos de um Estado ou entre Estados, quando não atuam na qualidade de Estado (DIENA, 21), ou entre esses indivíduos e o Estado, e, o Direito Internacional regula relação entre os Estados membros da comunhão internacional (segundo TRIEPEL o Estado está ligado pela vontade comum).

E' por isso que afirmámos que, sendo o Direito Internacional um Direito entre os Estados, estes são as únicas pessoas internacionais. Talvez a dissolução do Estado Moderno ponha em seu lugar grandes grupos econômicos, e então teremos um Direito Internacional completamente novo (61).

O Direito Interno e o Direito Internacional são portanto sistemas jurídicos distintos.

Atualmente a necessidade de preeminência do Direito Internacional é quasi geralmente admitida (SÉFÉRIADÈS, v. 34, pag. 185, *Cours*, V. T. Arrêt, n. 7, *Cour Just. Int.*).

Realmente, o Direito Interno está subordinado ao Internacional (DIENA-KELSEN), visto que este póde exigir que o Estado adote certas normas (62).

(61) Quid sit futurum cras, fuge quaerere (HORACIO, Od. L. I. Od. 9-A. V. 13) "Les formes sociales et politiques de l'avenir sont imprevisibles, et l'histoire ne saurait nous aider en aucune façon à en penetrer le mystère" (NITTI, Dem., I, p. 98) "Les penseurs les plus éclairés ne peuvent jamais prévoir les formes sociales de l'avenir" (id.).

(62) VERDROSS — *Cours* — 50, p. 307.

Muitos Estados consideram o Direito Internacional como um dos seus elementos. Assim a *Constituição Alemã* diz que as regras geralmente conhecidas do Direito das Gentes são consideradas como fazendo parte integrante do Direito do Império Alemão com força obrigatória (*Constituição alemã*, 11 de Agosto de 1919, art. 4.º)

HILDEBRANDO ACCIOLI, no seu tratado recente (1933), ensina que a tese da primazia do Direito Internacional pôde ser aceita em outro sentido, diferente do conceito *monista*. Sem dúvida, nas relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, a preeminência cabe ao primeiro. Isto, porém, não significa que os dois não girem em esferas distintas, ou, conforme observa ANZILOTTI, que o poder do Estado seja uma delegação do Direito Internacional. E a verdade é que, enquanto as normas deste só têm eficácia entre as pessoas da ordem internacional, as regras nacionais só são eficazes na ordem interna do Estado á qual pertencem. Por outro lado, as relações regidas por um são diferentes das relações regidas pelo outro.

Já dissemos que, em varios países, o Direito Internacional, no todo ou em parte, é adotado pelo *Direito Interno*.

Nos Estados Unidos da América, a Constituição Federal, no art. 6.º, al. 2.ª, declara: “A presente Constituição, bem como as leis dos Estados Unidos que, em virtude dela, forem feitas, e todos os tratados celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos constituem a suprema lei do País”. Além disto, a mesma Constituição, no art. 1.º, secção 8.ª, confere ao Congresso Americano a faculdade de definir e punir os delitos contra o Direito das Gentes.

Na Alemanha, a Constituição do Reich, promulgada a 11 de Agosto de 1919, determina, no art. 4.º, que “as regras do Direito das Gentes, geralmente reconhecidas, serão consideradas como parte integrante do Direito do Estado (Reich Alemão)”.

Na Austria, a Constituição Federal, de 1920, dispõe, no art. 9.º, “as regras geralmente reconhecidas do Direito das Gentes valem como parte integrante do Direito Federal”.

As constituições nacionais da Argentina e da Venezuela contêm disposições mais ou menos semelhantes a essas (63)

ATAQUES Á DOU- TRINA DUALISTA
--

Esta teoria dualista, defendida por TRIEPEL, OPPENHEIM e ANZILOTTI, foi atacada rudemente por DUGUIT, KRABBE e KELSEN, três juristas de fama mundial.

Vejamos a opinião de KELSEN: E' impossivel afirmar que dois sistemas jurídicos têm validade um ao lado de outro. É pre-

(63) HILDEBRANDO ACCIOLI — *Tratado de Direito Internacional Público*, tomo I, p. 16.

ciso pois admitir a unidade lógica do Direito Interno e do Direito Internacional — teoria monista. A teoria dualista pretende que os dois direitos se opõem pela diferença de vontade de suas fontes. Mas é metodicamente inadmissível derivar o Direito de uma vontade humana.

Operar do conceito de vontade, é operar de um conceito sociológico, ou psicológico, e não de um conceito jurídico. Introduzindo este conceito no domínio da ciência jurídica, comete-se um crime de sincretismo de método. O próprio direito é vontade. Não é uma vontade humana que cria o Direito. A ciência jurídica não é como a sociologia uma ciência que se ocupa do sêr, mas uma ciência do dever. É uma ciência normativa, refere-se só a normas. Ora, a validade de uma norma depende sempre de uma outra norma de que provém. Devemos pois imaginar todo o sistema jurídico como uma gigantesca pirâmide, cuja ponta seja uma norma suprema, chamada norma originária. Como esta norma não pôde ter uma norma superior, e como a validade de uma norma deve depender de outra norma, a norma originária é uma *norma hipotética*.

Assim, ha unidade de sistema, pois todas as normas dependem de uma norma originária. Não pode, portanto, haver contradição entre o Direito Internacional e o Interno.

Já explicámos esta doutrina (64). Para outros, como VERDROSS, o Direito Internacional funda-se na regra PACTA SUNT SERVANDA, regra hipotética, pois é uma ficção; objetiva, pois é independente da vontade daqueles a quem se dirige (65).

O positivista ANZILOTTI aceita a norma fundamental, afastando-se da tradição da escola positiva.

<p>A DOCTRINA AN- GLO-AMERICANA</p>

Pensam muitos que na Inglaterra e nos Estados Unidos o Direito Internacional é parte integrante do Direito Nacional (International Law is a part of the law of land). Ora esta regra não vem em HALLECK WHEATON, WALKER, e TWISS, e é condenada por OPPENHEIM (66).

A explicação da frase é simples. A maioria dos internacionistas ingleses e juriconsultos do seculo XVII e XVIII considerava o

(64) Veja-se o magnifico trabalho de BENJAMIM AKZIN *L'École Autrichienne et le Fondament du Droit de Gens*, (Revue de Dr. Int. 1927, t. 1, p. 342)

(65) VERDROSS — *Cours*, t. 16, p. 280.

(66) I, pag. 26 e 7. Ver contudo BONFILS-FAUCHILLE, I, p. 50-3.

Direito Internacional ramo do Direito Natural. Ora sendo assim, a razão, a natureza, são as fontes comuns de ambos os Direitos. Uma contradição entre os dois é impossível; dessa fôrma, é a natureza que decidirá a favor de um ou de outro.

Eis a quintessência da antiga doutrina inglesa, segundo TRIEPEL. Resulta que o Direito Internacional Público, em toda a sua extensão (in its full extent) é uma parte do Direito Interno, e ainda a lei interna que incorpora nele as regras lo Direito Internacional não cria um novo Direito, mas tem um valor declarativo unicamente; enfim, em caso de desacôrdo, prefere-se o Internacional, pois é o Direito Natural.

DOUTRINA INGLESA ATUAL

O Direito Internacional não é por si próprio Direito inglês. Pode ser aceito ou adotado (adopted). Para tornar-se Direito inglês, é preciso a fonte do Direito Interno (Processo Keyn, Cap. do Franconia — “Territorial Waters Jurisdiction Act” — 1878)

E’ preciso notar ainda, como o faz TRIEPEL, que a doutrina tradicional é mais respeitada nos Estados Unidos (art. 6 — Const.). Mas os tribunais americanos exigem para que um tratado tenha fôrça obrigatória uma proclamação formal dele pelo presidente. “La loi étatique est toute puissante. Mais comme le droit international régit des rapports entre des Etats et que le droit interne régit d’autres rapports, la loi étatique ne peut pas sans transformation changer le droit international en droit interne” (TRIEPEL).

FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

- 1 — LAFAYETTE — I, pag. 5, § 3.º.
- 2 — ACCIOLI — pag. 19.
- 3 — OPPENHEIM — I, pag. 19.
- 4 — AXEL MÜLLER — I, pag. 57.

Já dissemos que a base do Direito Internacional é o consentimento comum dos Estados membros da Família das Nações. Ora, este consentimento manifesta-se por dois modo unicamente: ou o Estado dá, tacitamente, o seu sentimento, pelo costume; ou, o afirma, expressamente, pelos tratados (DAVIS). Logo duas são as fontes do Direito das Gentes: os costumes e os tratados. A opinião dos juristas (67), as decisões dos Tribunais Internacionais (68), a *comitas gentium* (comity, convenance, courtoisie internationale) não são fontes do Di-

(67) OPPENHEIM, I, § 19 e A. J. 1908 — ACCIOLI, ns. 37 e 38.

(68) Id.

reito Internacional, são apenas fatores que influem no seu desenvolvimento (69).

As decisões judiciais e a doutrina dos publicistas, como decreta o art. 38, 4.º, do estatuto da Côrte de Justiça Internacional, são apenas meios auxiliares da determinação das regras jurídicas (70).

As opiniões dadas pela Côrte Permanente de Justiça Internacional também não são fontes do Direito Internacional.

Atua a Côrte nesse caso como uma autoridade científica. Isso não significa que as opiniões da Côrte não tenham grande importância para a interpretação das normas internacionais.

Muito teríamos a dizer sobre essas duas fontes do Direito Internacional. Em primeiro lugar, observemos que o *costume* (71) é o habito de agir, claro, contínuo, e com a convicção de ser ele uma norma obrigatória do Direito Internacional (72).

No uso não existe ainda a convicção da obrigatoriedade da norma. Quando se transforma o uso em costume, é questão de fato (73).

<p>SERÁ O COSTUME UM TRATADO TÁCITO?</p>
--

A manifestação de uma certa conduta pressupõe já a existência de uma convicção jurídica correspondente. O costume é um puro modo de manifestação de Direito. O costume, como obser-

va DIENA, não se origina só da ação dos governos, mas também de atos de pessoas que exercem o poder judiciário ou legislativo (DIENA, pag. 14), isto é, órgãos do Estado, sejam de caracter administrativo, legislativo ou judiciário, e não de simples particulares (AXEL MÖLLER, pag. 43).

Quando falamos em tratado (74), fonte do Direito Internacional referimo-nos aos tratados leis (75) tendentes a criar uma regra de Direito objetivo: Tratados normativos e não tratados contratos (DIENA — KELSEN).

(69) V. VERDROSS — *Cours*, 30, p. 305 e 6.

(70) SÉFÉRIADÈS — *Cours*, 34, p. 310 — Accioli, n. 39.

(71) LAFAYETTE, § 5 — AXEL MÖLLER, I, p. 61.

(72) OPPENHEIM, I, § 17 — ACCIOLI, p. 20, n. 33.

(73) OPPENHEIM, I, § 17.

(74) LAFAYETTE, § 6.º, — OPPENHEIM, I, § 18 — AXEL MÖLLER, I, p. 59.

(75) *Law making treaties* — “as either stipulate new rules for future international conduct or confirm, define, or abolish existing customary or conventional rules” (Oppenheim, I, § 18).

O tratado normativo distingue-se do tratado contrato pelo conteúdo. Em caso de contradições entre as normas jurídicas que derivam de tratado e usos e costumes, prevalecem as mais recentes (DIENA, 16)

Podem, pois, os tratados e os costumes abrogar-se reciprocamente (76)

Observemos contudo que o *art. 38, I e II do estatuto da CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL* não é contra essa doutrina: estabelece apenas gradação. Essa gradação não significa mudança nas relações tradicionais entre o direito convencional e o consuetudinário, mas sim serve para declarar que a lei especial prevalece sobre a geral (77).

É de notar-se, quanto aos princípios gerais de Direito, que estes já fazem parte do Direito das Gentes, antes de serem aplicados pela Côte, pois ésta não os cria (Contra ANZILOTTI; *Corso*, 3.^a ed., pags. 64 e 107).

Os tratados só obrigam ás partes contratantes, ou ás nações que lhes prestam adesão (78) Contudo por eles manifesta-se a consciência jurídica das nações que os celebram.

Pode-se daí concluir que o Direito que se fórma com os tratados tem a sua fonte ou raiz nos usos e costumes (79). E' porisso que os tratados concorrem para a formação do Direito Internacional, mesmo quando já não estejam em vigor (80).

(76) CAVAGLIERI, pag. 73 — VERDROSS, *Cours* 30, pag. 303.

(77) VERDROSS — *Cours* 30, p. 304 — Spiropoulos.

(78) OPPENHEIM, I, § 18.

(79) E mesmo, como observa OPPENHEIM, I, § 18, o poder do tratado deriva do costume, que é a fonte original do Direito das Gentes (I, § 18): “But it must be emphasised that, whereas custom is the original source of International Law, treaties are a source the power of which derives from custom. For the fact that treaties can stipulate rules of international conduct at all is based on the customary rule of the Law of Nations, that treaties are binding upon the contracting parties”. (v. t., id. § 493). Sobre a importância do costume fala JUGLARIS NICIENSES (Juglaris — Elog. Venetiis — MDCLXXX — salientando que o costume segue até a outra vida: até no inferno caça *Orion*, enfurece-se Ajax e se impacienta Agamemnon (Eneida) — vivo peregrinava José, e quis que peregrinassem, depois de morto, seus ossos (Gen. 50 v. 24), e até em Deus se converteu o costume em natureza.

(80) LAFAYETTE, § 6, p. 12 (nota 6)

DOMINIO DO DIREITO INTERNACIONAL

FONTES

- 1 -- LAFAYETTE — § 13.
- 2 -- ULLMAN — § 10.
- 3 -- VERDROSS — Cours 30, pag. 313 e segs.
- 4 -- LAWRENCE — pag. 3.
- 5 -- AXEL MÖLLER — pag. 4.

“Dominion of the law of Nations is the name given to the area within International Law is applicable that is, those States between which International Law finds validity” (OPPENHEIM, I. § 26). Ou, em vernáculo, “Dominio do Direito Internacional é o nome dado á área dentro da qual o Direito das Gentes é applicavel, isto é, os Estados

para os quais é obrigatório”

DUAS DOUTRINAS

“Dizem uns que se estende o domínio do Direito Internacional a toda a humanidade (BLUNTSCHLI, FIORE): outros afirmam que se aplica unicamente aos povos cristãos (MARTENS).

FALSIDADE DESSAS DOUTRINAS

São opiniões extremas e errôneas. Dizer que se estende a todos os Estados sem excessão é absurdo, porque nem todos compreendem os princípios da Moral Internacional.

O Direito Internacional formou-se na Europa entre Estados cuja civilização foi criada, e desenvolvida pela applicação dos preceitos do cristianismo (81) Até princípios do século passado vigorava só entre as nações da Europa e as colônias europeias da America (82).

Só se póde aplicar, portanto, o Direito Internacional ás relações de todos os Estados que atingiram um certo grau de civilização idéntica. Não se applica, portanto, aos povos bárbaros (DIENA, 28).

Afirmar ser ele applicavel unicamente aos Estados cristãos da Europa e da América, é desconhecer a sua história: o Japão e a Turquia, por exemplo, fazem parte da Família das Nações. A Turquia entrou para a Família das Nações pelo Tratado de Paris (30 de Março de 1856, art. 70). E' de notar que até o *Tratado de*

(81) BONFILS-FAUCHILLE, pag. 28, n. 41.

(82) O Direito Internacional é na origem um produto da civilização cristã (it is in its origin essentially a product of christian civilisation) — OPPENHEIM, I, § 1.º e 26 — VERDROSS, Cours, ac. 30, p. 318.

Kutchuck Kainardji (1774), a Porta não celebrava com as nações cristãs Tratados de Paz, mas sim, somente treguas (83).

**TEORIA VERDA-
DEIRA**

O Direito Internacional applica-se aos povos cristãos e aos que, não sendo cristãos, se submetem, expressa ou tacitamente, aos seus princípios, baseados na Moral Cristã. O Japão entrou para a Família das Nações, porque adotou a civilização ocidental, fundada na Moral Cristã (84), os princípios do Direito das Gentes europeu, formulados de acôrdo com a moral de GRÓCIO, o pai do Direito Internacional, que era cristão e applicava ás relações internacionais os princípios da Moral Cristã, que se tornou a Moral Internacional. O Domínio do Direito Internacional é portanto o seguinte:

- 1) Estados civilizados da Europa e da América (cristãos);
- 2) Estados não cristãos que se submetem expressa ou tacitamente aos princípios do Direito Internacional, como a China, o Japão e a Turquia.

Ha ainda Estados de posição duvidosa, como a Pérsia, o Sião, etc. Estes, só parcialmente fazem parte da Família das Nações. Contudo, devem ser tratados com humanidade, o que nem sempre acontece (85). Para exemplo do procedimento dos povos cristãos em relação aos Estados mais fracos, basta que lembremos o que foi a occupação das Índias pelos ingleses, ou o procedimento das tropas européias na China. Diz NITTI: “Quando os exércitos de occupação europeus foram á China, após a revolta dos boxers, os instintos de rapina se revelaram subitamente, e os povos civilizados e demo-

(83) BUTLER and MACOBY — Dev. p. 20 — Teoricamente o Islamismo está sempre em guerra com os não crentes. Francisco I foi certamente um benemérito celebrando o tratado de Belgrado (1535)

(84) Referindo-se ao Japão diz NITTI: “Ce grand pays a accompli la transformation économique la plus rapide dont l'histoire de la civilisation humaine garde le souvenir: tout en conservant une grande partie de ses traditions et de ses principes d'ordre religieux et moral, il a adopté les méthodes de production de l'Europe et de l'Amerique, il est devenu une grande puissance, il a vaincu la Chine et la Russie et il a pris une part importante à la Guerre européenne” (Dem. II, p. 309).

(85) OPPENHEIM, I, § 29 — LAFAYETTE, introdução — E' difficil conceber-se hoje Estados fóra inteiramente da Família das Nações. Talvez possam ser exemplos o BUTAN, o NEPAL e o THIBET.

cráticos rivalizaram no roubo e nas violências mais cruéis. Os chefes dos Hunos nunca jamais falaram a linguagem estúpida e feroz de Guilherme II. (Dem. II, pag. 176). E' ainda o grande escritor italiano que diz, no maior livro do século: "L'Histoire de la colonisation européenne au cours du dernier siècle n'est qu'une suite d'horreurs et de crimes..." (Dém. II, pg. 312).

DELAISI sintetizou a história colonial como sendo uma série de crimes e rapinas, baseando-se, para tal, em documentos oficiais e em boletins das missões (Bulletin des Missions des Bénédictins belges, 1929, 30/31), que nos revelam os tráficos imorais dos povos civilizados que chegaram a adotar o trabalho forçado dos indígenas.. Esses principios de *Moral Internacional* hoje são obrigações legais para os Estados civilizados (86).

**CODIFICAÇÃO DO
DIREITO INTER-
NACIONAL**

- 1 — OPPENHEIM — I, pag. 37.
- 2 — ULLMAN — § 11.
- 3 — ALVAREZ — La Codifica-
tion du Droit Int. (1912).

Ha dois métodos para a codificação do Direito Internacional. O primeiro é o daqueles que querem reunir um grande número de convenções sem nenhum liame entre si para que éstas convenções constituam futuramente a base para a codificação do Direito Internacional. Querem os escritores que se-

guem ésta corrente, que o Direito Internacional seja codificado paulatinamente. Outros escritores desejam codificar o Direito das Gentes de uma só vez, que se organize de um jato um Código de Direito Internacional.

Para eles, devem ser reunidas, de uma só vez e em um só momento, as regras de Direito Internacional em um conjunto sistemático, em um Código. O primeiro sistema foi adotado pela Sociedade das Nações, e pelo Instituto de Direito Internacional, como diremos mais tarde. O segundo método, isto é, o daqueles que desejam fazer um Código de uma só vez, reunir em um conjunto sistemático todas as regras de Direito Internacional, foi adotado pelos Estados americanos, a princípio, na 2.^a e 3.^a Conferências Pan-Americanas (Mexico, 1901; e Rio de Janeiro, 1907).

Em 1912 foi apresentado um projeto de Código de Direito Internacional Público e outro de Direito Internacional Privado. O

(86) Não confundimos D. e Moral internacional: apenas afirmamos que o Direito baseia-se, funda-se na Moral. As obrigações morais podem tornar-se legais. (V. KRAUS, *La Morale Int. — Cours*, 1927, I, p. 389; e AXEL MÖLLER, I, § 23 ns. 5 e 6).

projeto de Código de Direito Internacional Público, apresentado em 1912 pelo Governo Brasileiro na Conferência do Rio de Janeiro, foi redigido pelo grande jurista pátrio Dr. EPITACIO PESSÔA. Mais tarde tiveram os Estados americanos de mudar de orientação devido ás idéias de ALEXANDRE ALVAREZ, um dos mais ilustres juristas do mundo. Dizia que um Código deve consistir em um conjunto de acôrdos concernentes, não a todas as matérias do Direito Internacional, mas, unicamente, a certas partes do Direito, principalmente levando-se em conta as tendências do Direito Internacional Americano.

Para ALEXANDRE ALVAREZ, não se deveria fazer um Código de Direito Internacional completo, de uma só vez, mas dever-se-ia ir codificando paulatinamente as diversas matérias de Direito das Gentes. E' um Código progressivo, mas, neste Código progressivamente feito, deve-se reservar uma grande parte ao Direito Internacional Americano, cuja existência é proclamada por ALEXANDRE ALVAREZ.

Foi ésta a idéia que triunfou no projeto do Instituto Americano de Direito Internacional e no projeto da Comissão de Juristas no Rio de Janeiro em 1927, e, finalmente, na 6.^a Conferência Pan-Americana.

Si as idéias de ALEXANDRE ALVAREZ triunfaram quanto ao Direito Internacional Público, não triunfaram quanto ao Direito Internacional Privado, permanecendo, nesta matéria, a orientação primitiva dos Estados americanos. Assim a Conferência de Havana adotou um projeto do grande jurista cubano BUSTAMANTE.

<p>O CÓDIGO BUSTAMANTE</p>

A Sexta Conferência Internacional Americana, realizada em 1929, em Havana, República de Cuba, por ato de 28 de Fevereiro, aceitou, com algumas modificações, e reservas de certas delegações, o projeto apresentado pelo sábio jurista cubano ANTONIO SANCHES DE BUSTAMANTE ao Congresso de Juristas Americanos reunidos no Rio de Janeiro.

Esta convenção mereceu, entre nós, a aprovação do Congresso Nacional (decreto n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929), tendo sido publicada pelo decreto n. 18.946, de 22 de outubro do mesmo ano, o qual mandou executá-la e cumprí-la tão inteiramente como se contém nos seus textos.

URRUTIA (87) e BENTO DE FARIA (88) salientam que a característica da Convenção de Havana consiste em que se quis nela principalmente confirmar e precisar certos Direitos do Estado em relação aos estrangeiros.

São princípios correntes, geralmente consagrados pelos países contratantes, apenas reafirmados como regras uniformes para vigorar harmonicamente entre eles, com o propósito de aproximá-los e proscrever antecipadamente o maior número de dúvidas de possível ocorrência.

**CODIFICAÇÃO DO
DIREITO INTER-
NACIONAL**

OLIVEI — pag. 46.

A falta de precisão das regras do Direito Internacional originou a tendência para a sua codificação. Foi BENTHAM o primeiro que teve a idéia de codificar o Direito das Gentes (século XVIII) (89). A segunda tentativa para codificar o Direito Internacional foi a da Convenção Francesa de 1792. O projeto da Convenção Francesa (1795) é obra do abade GRÉGOIRE, e póde ser visto em RIVIER, v. I, pg. 40.

Em 1861, PETRUSCHEVEG publica o seu Código de Direito Internacional. Em 1872, aparece o célebre projeto de Dudley Field. Mas já em 1868, BLUNTSCHLI publicára o seu notavel Código que teve um sucesso mundial, e é um dos trabalhos mais acatados sobre a matéria. Em 1889, surge FIORE com o seu Direito Internacional codificado. Podemos apontar ainda os trabalhos de DUPLESSIX, 1906, de INTERNOSCIA (1910), e finalmente EPITÁCIO PESSÔA, em 1911, surge com o seu monumental CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. Além desses trabalhos, ha outros, e ainda numerosas tentativas parciais.

Em 1873, fundou-se uma associação para a reforma e a codificação do Direito das Gentes (Associação de Direito Internacional). Em 1880, funda-se em S. Petersburgo uma associação análoga. Um dos escopos do Instituto do Direito Internacional, fundado em GAND, em 1873, é a codificação do Direito Internacional, e idêntico fim é procurado pelo Instituto Americano de Direito Internacional, fundado em Washington em 1912 (90).

(87) *Le Continent Américain et le Droit International*, FRANCISCO JOSÉ URRUTIA, 1928; Cours 1928, vol. 22, pag. 206.

(88) Da condição dos estrangeiros e o Código do Direito Internacional Privado.

(89) BENTHAM'S-WORKS, ed. Bowing, VIII, p. 537.

(90) Maiores particularidades encontram-se em OPPENHEIM, I, p. 37

**SERÁ POSSÍVEL A
CODIFICAÇÃO DO
DIREITO INTER-
NACIONAL?**

Discutem os autores, e muito, sobre as vantagens e desvantagens da codificação do Direito Internacional. Essa controvérsia é ociosa: a tendência hodierna é para a codificação (91). Vejamos, pois, se é esta possível. Objetam,

em primeiro lugar, que um legislador universal, um corpo legislativo para o mundo inteiro, implica uma organização central da Humanidade, o que é uma verdadeira utopia, uma quimera. Não vejo porque. Tudo tende para uma tal organização. H. G. WELLS, na sua magnífica obra "FAILLITE DE LA DÉMOCRACIE", salienta que o homem cada vez se torna mais cidadão de um mundo dividido ainda por pequenas pátrias.

Ataca o grande escritor violentamente o conceito da soberania, e conclue que o único caminho para a paz universal é a FEDERAÇÃO MUNDIAL (92).

Esta organização não é uma utopia, a própria Liga das Nações quasi que compreende todos os Estados civilizados, a Liga das Nações é um exemplo vivo de que pôde existir um poder legislativo universal. Podemos dizer, ainda, que, para codificar-se o Direito Internacional, não é preciso esse legislador universal. Prova disto é que existe hoje o Direito Internacional Público Universal obrigatório para todos os Estados civilizados sem excessão, mesmo sem a existência deste legislador universal e único; e, se existe um Direito Internacional universal, si várias partes do Direito Internacional Público são obrigatórias para o mundo inteiro, porque não podemos conceber que o que acontece para uma parte do Direito Internacional possa, também, acontecer para todo o Direito das Gentes?

Existe o Direito Internacional Universal (93), submetem-se os Estados a certas normas uniformes, deliberações de órgãos internacionais são respeitadas pelo mundo inteiro: podemos, portanto, concluir que é possível a existência de um legislador universal, e que

(91) ...history has given its verdict in favour of Codification (OPPENHEIM, I, p. 9).

(92) De modo indêntico pensa Peritch, (Zeitschriſ für Int. Rehct. (1931) eminente professor de Belgrado. Acredita ele na paz eterna pela transformação do Direito Internacional em Direito Interno, construído o estado mundial único. Mas, infelizmente, estamos bem longe de tal desideratum.

(93) LAFAYETTE, § 7.º, pag. 14. Refere-se aos TRATADOS UNIVERSAIS e diz: "Esta espécie de tratados dá testemunho de que, sobre certos assuntos, todas as nações podem chegar a acordos precisos e definidos".

mesmo sem esse legislador não é absurda a codificação do Direito Internacional. Dizem mais que o Código Internacional só seria possível se fosse redigido em uma língua universalmente adoptada, se o projeto fosse votado em bloco por todos os Estados, sem exceção.

Essas condições, afirmam, são insuperáveis. Não concordamos. Achamos que, com o tempo, com boa vontade, se conseguirá suplan-
tar todas essas dificuldades.

A existência de uma língua única, de uma língua universal, seria muito vantajosa para a fraternidade universal. Mas a inexistência dessa língua universal não é obstáculo á codificação do Direito Internacional, pois existe o Direito Internacional Universal (94).

Em segundo lugar, pôde-se dizer que ésta língua existe, pois o *francês* pôde ser considerado verdadeiramente como a língua diplomática (95).

**AS CODIFICAÇÕES
PARCIAIS**

Sou favorabilíssimo ás codificações parciais do Direito Internacional. Estas, como diz DIENA (pag. 37), são indubitavelmente mais faceis, uteis e práticas (96).

ATUALMENTE

Não podemos deixar de nos referir á Associação Francisco Vitória, fundada na Espanha, em 14 de julho de 1926, para afirmar a existência de uma escola espanhola de Direito Internacional. Quanto á Liga das Nações, nascida do PACTO que constitue a parte primeira do Tratado de Versailles, não pôde considerar-se como um órgão idôneo para produzir diretamente uma codificação do Direito Internacional.

Na 5.^a Assembléia da Sociedade das Nações, celebrada em Genebra em 1924, acordou-se constituir, junto da Sociedade, um comité de juristas para preparar uma lista das matérias de Direito Internacional, ácerca das quais uma codificação fosse desejavel e realizavel, e dar comunicação aos Estados da lista assim preparada.

A Assembléia, em 27, declarou que uma Conferência Internacional se reuniria em 1930 para tentar a estipulação de uma ou várias convenções coletivas sobre três das matérias propostas pelo comité

(94) Ver LORIMER — p. 268, sobre as vantagens de uma língua universal.

(95) Veja-se: OPPENHEIM, I, pag. 44 (§ 25).

(96) OPPENHEIM, I, p. 46 — Contra: RODRIGO OCTAVIO — *Rev. D. I.*, p. 46.

de juristas. E realmente a conferência de codificação reuniu-se em Haya (13 de março de 1930), com resultados mui modestos, não chegando a aprovar nenhum convênio, mas sómente algumas recomendações aos Governos (97).

**O MAIOR OBSTÁCULO
À CODIFICAÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL**

O maior e o mais formidável obstáculo à codificação do Direito Internacional é a má fé dos Governos dos Estados, a serviço da política imperialista das grandes potências, os grupos oligárquicos, os opressores dos povos, que maquiavelicamente iludem as massas para explorá-las em proveito próprio. O meio mais seguro de se obter a codificação do Direito Internacional é lutar-se pela liberdade dos povos.

No dia em que triunfar a verdadeira democracia, o Direito Internacional será facilmente codificado, acabar-se-ão as guerras, e reinará a paz entre os homens.

HISTORIA DO DIREITO INTERNACIONAL

- 1 — OPPENHEIM — I, pag. 48
- 2 — CELESTINO FERREIRA — El Derecho Internacional en la Antigüedad y en la Edad Media — Caracas, 1927.
- 3 — LAURENT — Histoire du Droit des Gens.
- 4 — ACCIOLI — n.º 45.
- 5 — OLIVI — § 5.º, pag. 15.
- 6 — LAWRENCE — pag. 17.
- 7 — FERREIRA — n.º 8.
- 8 — HALLECK — § 1.º.
- 9 — BUTLER-MACCOBY — The Development of Int. Law (1928).
- 10 — CRUCHAGA — pag. 9.

OPPENHEIM, o insigne internacionalista e saudoso professor da Universidade de Cambridge, ao estudar a História do Direito Internacional (vol. I, pag. 48), afirma que o Direito das Gentes, considerado como um Direito entre os Estados soberanos e iguais, baseado no consentimento comum desses Estados, é um produto da moderna civilização cristã, e tem apenas uns 400 anos de idade (98). Essa é, parece-me, a teoria verdadeira. Contudo, as origens do Direito Internacional são antiquíssimas, são os usos e costumes adotados pelas nações antigas nas suas relações externas. Parece pouco prova-

vel que a idéia de uma Família de Nações surgisse no limitado horizonte mental do mundo antigo. Cada nação tinha seus deuses, sua língua e sua moralidade próprias.

O estrangeiro era considerado inimigo. Não havia então interesses internacionais que ligassem, com vínculo inquebrantável, os Estados numa comunhão internacional. Entravam contudo as nações antigas em relações umas com as outras, faziam a guerra, celebravam a paz, enviavam embaixadores, aliavam-se, e tais atos davam nascimento, está claro, a usos e costumes. E' essa a remota origem do Direito Internacional, mas esses costumes, conquanto uniformes e interessantes para o Direito das Gentes, não poderiam ainda constituir o Direito Internacional, tal como é concebido modernamente. O Direito Internacional pressupõe, como ensina AXEL MÖLLER, a existência de vários Estados independentes, com um certo nível uniforme de civilização, ligados entre si em uma comunhão internacional.

**OPINIÕES DIVER-
GENTES**

CATELLANI — Dir. Int., Lezione II.

De modo contrário pensam eminentes internacionalistas (99). O Barão KORFF, no curso que fez em 1923 na Academia de Direito Internacional de Haya, sustenta a tese contrária á de OPPENHEIM. Afirma que modernas in-

vestigações históricas provaram que o mundo antigo conhecia perfeitamente o sentido das relações internacionais, e applicava um sistema de instituições muito desenvolvidas e firmemente estabelecidas. Apela para as leis de HAMMURABI, os PAPIROS EGÍPCIOS, as TABUAS BABILÓNICAS e ASSÍRIAS, para sustentar a sua tese. E tira a conclusão de que o Direito Internacional é antiquíssimo, é uma consequência de toda civilização (100). E' a velha tese de MONTESQUIEU (101). Depois de afirmar que o Direito das Gentes é naturalmente fundado sobre os principios de que as nações se devem fazer na paz o máximo de bem possível, e na guerra o mínimo de mal possível, sem prejudicar os seus verdadeiros interesses, afirma o genial escriptor francês:

“Todas as nações têm um Direito das Gentes; e os próprios Iroqueses que comem os seus prisioneiros, o têm. Enviaem e recebem embaixadas; conhecem os direitos da guerra e da paz: o mal é que esse Direito das Gentes não é fundado sobre verdadeiros principios”.

Atribue KORFF a opinião contrária á sua á ignorância das civilizações antigas por parte dos internacionalistas do século XIX. Estas, segundo ele, só foram estudadas e ensinadas modernamente por CHYBICHOWSKY, VINOGRADOFF, ROSTOFVSEFF e outros.

(99) W. BEACH LAWRENCE — *Commentaire sur les Éléments du Droit Int. de Wheaton* (1868), p. 99.

(100) De grande utilidade para os que querem ter uma idéia exata dos fatos históricos é a consulta da monumental obra de BURET de LONGCHAMPS — *Tableaux Chronologiques* (MDCCCXXI) e F. LAURENT — *Études sur l'histoire de l'Humanité* (18 vols). Tenho contudo para mim que a História longe de ser “. testis temporum, lux veritatis, vitæ memoriæ, magistra viteae. ” a que se refere CÍCERO (*De Oratore*, lib. II, cap. 36), é melhor caracterizada por GIBBON quando diz: “History which is, indeed, little more than the register of the crimes, follies, and misfortunes of Mankind. (V. t. NITTI — *Dem.* I, p. 90)”. Decline and fall of the Rom. Empire, ch. 3. NITTI (*Democratie*, I, p. 82) mostra o absurdo de se dizer que a História é a mestra da vida. Sendo o estudo da História de grande auxílio para o Direito Internacional, consultar-se-á com vantagem, para a política européia: A. DEBIDOUN — *Histoire Diplomatique de l'Europe*. SEIGNOBOS — *Histoire Politique de l'Europe Contemporaine*.

(101) *De L'Esprit des Lois*, L. 1. I., cap. III.

Aponta casos para provar a antiguidade do Direito Internacional e de suas regras, sancionadas pela religião.

Considera, por exemplo, uma descoberta de SUMMER, de 4 mil anos antes de Cristo, e diz que recentemente se descobriu um tratado, assinado pelo rei ENTEMENA, regulando as fronteiras entre o seu reino de LAGASH e o reino vizinho de UMMAH.

Por esse tratado foi designado um árbitro, o rei MISILIN DE KUSH. Eis aí o arbitramento. Recorre á História do Egito. RAMSÉS II concluiu em 1820 A. C. um tratado com o rei vencido dos HITTITES, HAUSILITT, no qual aparece um sistema perfeitamente regulado e complicado de extradição de refugiados políticos.

Ora, ninguém nega essas afirmações: o que se contesta é a existência entre os antigos de um Direito das Gentes, tal como é moderadamente considerado.

De opinião semelhante á de KORFF é NIPPOLD.

OPINIÃO DE NIPPOLD

No curso professado pelo grande internacionalista suíço NIPPOLD, na Academia de Direito Internacional de Haya (1924), podemos acompanhar a sua argumentação.

Afirma que o Direito Internacional deve ser estudado sem preconceito, "*sub specie aeternitatis*", pois é um Direito que existiu em todos os tempos e no seio de todas as civilizações. Afirma com KORFF a antiguidade do Direito Internacional, e que ele era conhecido pelas antigas povoações da África.

E contesta, além disto, que o Direito Internacional seja um produto da raça branca. O japonês UKITA também diz que, se dermos crédito aos historiadores europeus, a História da Humanidade seria a *história da raça branca*.

Segundo o historiador TAKAHASHI, o Japão, antes de ter relação com os europeus, já conhecia o Direito Internacional, e applicava suas regras. O mesmo se poderia dizer da China, segundo W. MARTIN (China Kodai Bankoku Koho).

Conclue NIPPOLD, dizendo que a primeira lição a tirar do estudo da História do Direito Internacional é uma lição de modéstia. O patrimônio que nos legaram as antigas civilizações é imenso, e não devemos desprezá-lo.

Se o Direito Internacional deve muito á Moral Cristã, diz ele, não devemos esquecer que nos estados *budistas* se faz notar, quando se trata da História da Europa, que as guerras são mais numerosas nos Estados cristãos. Com efeito, o Japão, durante 250 anos, e até a chegada dos estrangeiros, gozou de uma paz ininterrupta. Mas,

mitiga a sua pinião, dizendo que o *cristianismo* é uma religião tão pacífica como o *budismo*, e que se não deve culpar nenhuma destas religiões pelos *erros dos homens de Estado* e da *grande política* ou pelas *lacunas do Direito das Gentes*.

CONCLUSÃO

KORFF e NIPPOLD, segundo creio, não estão com a verdade. O Direito das Gentes é um produto da Moral Cristã, como dissemos atrás, acompanhando OPPENHEIM. Regras isoladas regendo relações entre os povos não constituem ainda o Direito Internacional, Direito que regula relações de uma “FAMÍLIA DE NAÇÕES” (102).

A CIVILIZAÇÃO E' DA RAÇA BRANCA

O Direito Internacional, como vimos, baseia-se no consentimento da maioria esmagadora dos membros da comunhão internacional, e ésta adotou para moral a *Moral Cristã*, que é a Moral Internacional. Se as nações civilizadas da Europa, em cujo seio se formou o Direito Internacional, fossem *budistas* ou *maometanas*, se a essas religiões pertencesse HUGO GRÓCIO, o fundador do Direito das Gentes, outra seria, evidentemente, a Moral Internacional.

Não se póde tampouco culpar essa Moral, como confessa NIPPOLD, pelos erros dos govêrnos.

Como veremos mais tarde, muito tem progredido o Direito das Gentes, sob o influxo da Moral Ocidental. E' ociosa, segundo creio, a discussão sobre si a nossa Moral é superior ou inferior ás outras: — *não discutiremos o que deveria ser, mas sim, expomos somente o que é, na realidade.*

Os japoneses não são inferiores aos brancos, nem a sua civilização é peor do que a nossa: são apenas diferentes. No momento atual do mundo, prevaleceu a nossa civilização, a civilização ocidental ou cristã. Os japoneses foram obrigados, portanto, a submeter-se aos princípios que prevalecem hoje na Família das Nações. Vai da nossa doutrina ao ponto de vista norte-americano, um abismo. O japonês em nada é inferior ao americano ou ao australiano, como salienta NITTI (*Dem.* II, p. 309). A hostilidade á *imigração japonesa* tem por causa interesses econômicos. Muitas vezes os próprios trabalhadores no govêrno do Estado são ainda mais brutais do que os capitalistas. É o que aconteceu na Austrália e na Nova Zelândia.

Meia duzia de trabalhadores de uma pseudo *democracia-socialista* pretende explorar um continente em proveito próprio, excluindo os trabalhadores japoneses, italianos, etc... É interessante: os governos socialistas mais hostis ao proletariado dos outros povos que os próprios capitalistas!

Diremos, de passo, que a religião cristã não provocou guerras, e que só por fatos excepcionais houve poucas lutas entre Estados não cristãos.

O Japão, por exemplo, com quem guerrearía, e para que?

A principal razão das guerras entre os Estados é a luta de interesses, é o capitalismo, a ambição dos governos, e tais coisas, segundo creio, não existiam no Japão.

Demais, logo que ele quis entrar para a Sociedade Internacional, teve que se submeter aos princípios da Moral Cristã, isto é, da Moral Internacional.

Civilizações mais requintadas do que a nossa têm existido: a chinesa, a grega, etc. No entanto, em primeiro lugar, eram rudimentares no seu aparelhamento, no seu *equipamento*. Na nossa civilização predomina o *elemento material*. Deste ponto de vista, somos muito superiores aos antigos. Entrámos numa fase nova, inteiramente diversa das anteriores. *Essa exploração intensiva do planeta* foi feita sob a égide do ocidente, sob a direção da raça branca.

Passou em julgado que a nossa civilização difere das anteriores unicamente quanto á parte material, o que não nos parece verdadeiro. Quanto ao elemento material não ha dúvida: libertar-se o homem das coisas, dominar cada vez mais a natureza, é sinal de civilização. Hoje o mundo tornou-se pequeno, as vias de comunicação o cortam em todas as direções, o telégrafo, o telefone, a aviação, o automovel, encurtam cada vez mais o nosso planeta, unem os continentes, aproximam os povos.

Mas, intelectualmente, também ha o aumento dos conhecimentos das massas, a difusão científica, fenômenos essencialmente modernos, consequência da Democracia. Ainda a nossa civilização é superior a todas as outras, porque cada vez mais vencemos a dor, o sofrimento.

Do ponto de vista moral mesmo, a nossa *Justiça* é mais perfeita e corresponde mais ás necessidades da coletividade. Triunfou definitivamente o princípio de que ninguém é juiz em causa própria, a vida e a propriedade de todos é garantida. Aumentou além disso a *piedade* e a *solidariedade humana* e social.

A democracia é hoje uma consequência da democratização da vida e, cada vez mais, o que não se dava nas civilizações anteriores,

os progressos e os benefícios da sociedade são vantajosos e de proveito para a massa dos indivíduos. É essa a tendência da nossa civilização que se encaminha inelutavelmente para a crescente democratização da vida e para um regimen cada vez mais democrático.

DIVISÃO DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

- 1 — CALVO — vol. I.
2 — OPPENHEIM — vol. I.

Ha, segundo HALLECK, dois sistemas de tratar a história do Direito Internacional. O primeiro consiste em dividi-la em períodos de um número uniforme de anos, por exemplo, de 50 (HALLAM). O segundo, divide a História do Direito das Gentes em períodos esta-

belecidos, levando em consideração acontecimentos notáveis que marcaram época na História das Relações Internacionais. Este é o mais geralmente aceito.

DIVISÃO DE OPPENHEIM

OPPENHEIM, que vamos seguir passo a passo na exposição deste ponto, divide a história do Direito Internacional em dois períodos principais: primeiro, antes de GRÓCIO; segundo, depois de GRÓCIO.

Leva, pois, em consideração o aparecimento da obra monumental de GRÓCIO — DE JURE BELLI AC PACIS, em 1625, que é o ponto de partida de todo o desenvolvimento posterior do Direito das Gentes.

Cada um desses grandes períodos é subdividido por OPPENHEIM em vários outros, cada um deles marcado por um acontecimento notável, síntese de uma época histórica, com influência no desenvolvimento posterior do Direito Internacional.

PRIMEIRO PERÍODO

ANTES DE GRÓCIO

- 1 — AXEL MÖLLER — ps. 11 e 44 (período anterior a GRÓCIO).

Como dissemos anteriormente, na antiguidade não encontramos o Direito Internacional tal como é concebido modernamente, pois ele é um produto da civilização cristã, e tem apenas 400 anos

de existência. Mas, já então vamos encontrar os usos e costumes que mais tarde viriam a formar o Direito das Gentes.

Desde o princípio dos tempos históricos, o homem teve que entrar em relação com os seus semelhantes.

Divididos em tribos, cuja grande lei era o isolamento, tinham os povos primitivos que entrar fatalmente em contato com os outros, pelo menos nas relações bélicas. Uma tribo guerreava com outra,

faziam-se tratados para celebrar a paz, eram ás vezes enviados embaixadores, cuja inviolabilidade era sancionada pela religião. Iam, está claro, surgindo dessas relações alguns usos, e nos casos idênticos, procediam esses povos da mesma fôrma, de tal sorte que esses usos se transformavam paulatinamente em costumes internacionais.

E' essa a remota origem do Direito das Gentes.

Vejamos quais eram esses costumes entre os povos mais importantes da antiguidade.

OS JUDEUS

- | | | | | | | |
|---|---|----------|---|-----|------|-------|
| 1 | — | CALVO | — | 1, | pag. | 2. |
| 2 | — | FERREYRA | — | n.º | 29, | pag. |
| | | | | 71. | | |
| 3 | — | WIGMORE | — | 19 | e | segs. |
| 4 | — | HALLECK | — | § | 20. | |

Tratemos em primeiro lugar dos judeus. Apesar de serem monoteístas, e de muito mais elevada moralidade e civilização que os seus vizinhos, os judeus não tiveram grande influência no desenvolvimento do Direito Internacional.

Desprezando as outras nações, o povo eleito não podia considerá-las como iguais. Apenas, no modo por que tratavam os estrangeiros, mostravam os judeus o seu elevado nível moral. Examinando-se alguns textos da Bíblia, vê-se que com os escravos estrangeiros eram mais brandos que todos os povos da antiguidade.

No *Êxodo* (XII — 20, 26 e 27) encontramos os seguintes preceitos: “O que ferir o seu escravo ou a sua escrava com uma vara, e eles lhes morrerem nas suas mãos, será culpado deste crime”. “Se alguém ferir o olho do escravo ou da escrava, e os deixar cego de um dos olhos, os deixará livres pelo olho que lhe tirou”.

No *Deuteronómio* (X — 19) se nos deparam os textos ordenando “amai os peregrinos, porque também vós fostes estrangeiros na terra do Egito”.

No *Levítico* (19, 33 34) se preceitua: “Se algum forasteiro habitar na vossa terra, e morar entre vós, não o impropereis: — mas esteja entre vós, como se fosse natural; e o amareis como a vós mesmos. Porque também vós fostes estrangeiros na terra do Egito”. E ainda: “Seja entre vós igual a Justiça, ou delinquisse o forasteiro, ou o compatriota”

Nas suas relações bélicas faziam os judeus uma distinção interessante, assinalada por OPPENHEIM, entre os inimigos capitais e os simples inimigos (103).

(103) Duo Bellorum genere apud hebraeos: Quædam Dei precepto necessaria, quædam sponte suscepta. Primi generis Deo indicta, ut in Amalecitas, Chananeos. devotas gentes (Amalech-Agag Dictionarium Historicum Criticum — Calmet E Gallico in Latinum translatum. A Joanni D. Mansi Venetiis — MDCCXLVII).

Com os seus inimigos capitais, os Amalecitas, por exemplo, eram de uma crueldade extraordinaria (104). Veja-se: Reis (I-15) — “Vai pois agora e fere a Amalec, e destróe tudo que ele tiver. Não lhe perdoes a ele, e nem cobices coisa alguma sua: mas mata desde o homem até a mulher e o menino, e o que é de mama, o boi e a ovelha e o camelo e a ovelha”.

No mesmo livro, versículo X e seguintes, vemos SAMUEL, por ordem de DEUS, repreender a SAUL por não o ter obedecido, fazendo passar a fio de espada os pecadores de Amalec. E logo em seguida vemos SAMUEL matar a AGAG: “XXXII — E disse SAMUEL: trazei-me a AGAG rei de Amalec. E foi-lhe apresentado AGAG, que era mui gordo e todo tremendo. E AGAG disse: assim me separa a morte amarga? — XXXIII — E disse SAMUEL: assim como a tua espada tirou os filhos ás mães, assim perderá a tua mãe entre as mulheres os seus filhos. E SAMUEL o dividiu em quartos diante do senhor em Galgala” (105).

“II — Reis (12 — 31): — E trazendo os seus moradores, os mandou serrar, e que passassem por cima deles carroça ferrada: e que os fizessem em pedaços a cutelo, e os botassem em fornos de cozer tijolos: assim o fez com todas as cidades dos amonitas: e voltou DAVID com todo o exército para Jerusalem”.

Quando entravam em luta com povos de que não eram mortais inimigos, procediam mais humanamente do que as outras nações da ÉPOCA. Assim no DEUTERONÓMIO encontramos as leis da guerra: “Se saindo a fazer guerra contra teus inimigos, e tendo visto a sua cavalaria, e as suas carroças, achares que o exército contrário é mais numeroso do que o teu, não o temerás: porque contigo está o Senhor teu Deus, que te tirou da terra do Egito.

2) E quando estiver perto de se dar a batalha, o pontífice se porá na frente do exército, e falará assim ao povo:

3) Ouve, oh Israel, vós estais hoje para combater contra os vossos inimigos; não se atemorize o vosso coração, não temais, não recueis, nem lhes tenhais medo:

(104) EMILIO FERRIÈRE — Los mitos de la Biblia, explica o mito de LOT e suas filhas como uma ficção odiosa para atacar os amonitas e moabitas (p. 164). É o mesmo FERRIÈRE que explica pelo ódio internacional entre israelitas e cananeus a maldição de Canaan.

(105) O horrivel castigo contra Amalec vem descrito belamente por SOARES — Bahiense — *Prognasma Litterario* — p. 613 — MDCCXXXVII.

4) Porque o senhor vosso Deus está no meio de vós, e ele pelejará por vós contra os vossos inimigos, para vos livrar do perigo;

5) Os oficiais também cada um na frente do seu corpo dirão gritando, ouvindo o exército: Ha algum homem que tenha edificado uma casa nova e não tenha ainda estreiado? Vá-se, e torne para a sua casa: não suceda que ele morra no combate, e outro a estreie;

6) Ha algum homem que tenha plantado numa vinha e ainda não a tenha feito comum, para que todos possam comer d'ela? Vá-se e torne para sua casa: não suceda que ele morra na peleja, e faça outro o que a ele lhe tocava;

7) Ha alguém que se tenha desposado com uma mulher, e todavia a não tenha ainda em seu poder? Vá-se, e torne para sua casa: não suceda que ele morra na batalha e algum outro a tome;

8) Ditas éstas coisas, acrescentarão eles, e dirão ao povo o seguinte: Ha algum medroso e de coração tímido? Vá-se e volte para sua casa: para não fazer desmaiar os corações de seus irmãos, assim como ele está assustado de medo;

9) E logo que os oficiais do exército se calarem, e acabarem de falar, cada um preparará os seus esquadrões para a batalha;

10) Quando te chegares para combater uma cidade, primeiramente lhe oferecerás a paz;

11) Se ela aceitar, e te abrir as portas, todo o povo que houver nela será salvo, e te ficará sujeito pagando tributo;

12) Mas se não quizer aceitar as condições, e começar a fazer a guerra contra ti, atacá-la-ás.

13) E quando o Senhor teu Deus ta houver entregado ás mãos, passarás ao fio da espada todos os varões que nela haja.

14) Reservando as mulheres e os meninos, os animais e tudo o mais, que se achar na cidade. Distribuirás o esbulho todo pelo exército, e sustentar-te-ás dos despojos de teus inimigos que o Senhor teu Deus te tiver dado;

15) Assim é que has de fazer a todas as cidades que estiverem muito longe de ti, e não são daquelas que has de receber em possessão;

16) Quanto áquelas cidades porém, que te hão de ser dadas, nenhum absolutamente deixarás com vida;

17) Mas passa-lo-ás todos a fio de espada, convém a saber, aos hetheus, e aos amorrheus, e aos cananeus, aos ferezeus, e aos heveus e aos jebuseus, assim como o Senhor teu Deus te mandou;

18) Para que não suceda que vos ensinem a cometer todas as abominações que eles mesmos fizeram a seus deuses, e venhais a pecar contra o Senhor vosso Deus;

19) Quanto te detiveres muito tempo no sítio de uma cidade, e a tiveres cercado com máquinas para a tomares, não cortarás as árvores de cujo fruto se póde comer, nem deves deitar abaixo a golpes de machado os arvoredos do país circunvizinho: porque isto são paus, e não homens, nem podem aumentar o numero de teus inimigos.

20) Mas se houver algumas árvores que não sejam frutíferas, mas silvestres, e boas para outros usos corta-as, e engenha delas máquinas, até que tómes a cidade que peleja contra ti”

Compare-se o procedimento dos JUDEUS com o dos outros povos antigos e mesmo dos tempos modernos.

E’ verdade, como diz NITTI (Dem. 2, pag. 281), que nenhum povo agiu tanto sobre a civilização moral do mundo como os hebreus: deles é o nosso Deus, e deles tambem a nossa criação religiosa, o Cristianismo. Ainda dos hebreus nos veiu a sua criação moral, o socialismo. Este povo insignificante que nunca conheceu o repouso, atormentado, perseguido, cada vez mais forte depois da ruina, cada vez maior depois das perseguições, é o que a civilização produziu de mais admiravel. E’ não só a maior glória da civilização moral, como tambem uma das suas maiores fôrças de propulsão e de vida.

A superioridade dos judeus sobre os outros povos é manifesta, e daí o *antisemitismo*.

Quasi tudo que ha de mais elevado na nossa civilização, na nossa moral, o sentimento de justiça e os mais sábios ideais de fraternidade humana, tudo isto é de origem hebráica (106).

A guerra foi a relação normal entre os povos da antiguidade. Fazia-se ela de uma maneira crudelissima. Lembremos o modo por que os assírios tratavam os vencidos.

Diz ALBERT MALET (107): Os assírios eram impiedosos para com os vencidos. Infligiam-lhes os mais atrozes suplicios: furavam-lhes os olhos, cortavam-lhes o nariz, as orelhas, e os lábios, arrancavam-lhes a barba e as unhas, ou ainda os empalavam e os esfolavam vivos.

Elevavam troféus com cabeças cortadas. Atiravam os cadaveres ás bestas feras. Vangloriavam-se os Reis destes atos de selvageria: de dois matei um, diz ASSURBANIPAL, e levei os sobreviventes como escravos. Construí uma pirâmide diante da porta da

(106) V. T. CLOVIS BEVILAQUA — *Estudos Jurídicos*, p. 60-1.

(107) *L’Antiquité*, pg. 56.

cidade. Esfolei vivos alguns dos chefes da revolta e estendi suas peles sobre esta pirâmide. Outros foram emparedados vivos, outros empalados, etc. Sobre as ruínas a minha fisionomia expandiu-se, na satisfação do meu ódio encontrei o meu consólo.

Os deuses da antiguidade eram sanguinários. O deus caldeu ou assírio era um senhor exigente e sanguinário, deuses dos seus povos como ISTAR em NÍNIVE ou MARDUK em BABILÓNIA. Para eles os estrangeiros eram os inimigos (108).

Lembremos uma inscrição de ASSURBANIPAL: os homens cuja boca tramára complots contra ASSUR e contra mim, tiveram a língua arrancada, etc. Fazendo éstas coisas regosijei o coração dos deuses.

Faziam exceção na antiguidade os PERSAS. Vencedores foram sempre dóceis e clementes para com os vencidos. Lembremos a bondade e a extrema generosidade de CIRO (109). Assim mesmo, podemos dizer que, sendo a guerra a fórmula normal das relações entre os povos da antiguidade, ela serviu de ponto de união para as civilizações.

O comércio era insignificante, e não ligava os povos como atualmente. E' por uma longa série de guerras que se penetraram as duas civilizações, a do NILO e a do EUFRATES.

Se o problema da paz internacional é, antes de tudo, moral, dependendo da perfeição da alma humana (110), podemos considerar o Decálogo a magna carta da humanidade civilizada.

O Cristianismo iria contribuir no futuro para realizar os ideais de paz e amor entre os homens. Tornando-se religião universal, o cristianismo funde os princípios monoteístas da religião mais severa da antiguidade com o cosmopolitismo grego, obtido através da unidade do império Romano: temos então a PAX ROMANA.

Estava reservado ao Cristianismo tornar as nações concientes do seu fim político comum, e, em combate de alguns milhares de anos, pela evolução aperfeiçoadora da humanidade, estabelecer o fundamento do Direito Internacional e da Paz mundial.

Diz muito bem J. MILLER (111) que a ação de propaganda intelectual e moral da Igreja cristã pela paz é importantíssima, ao lado do desejo constante de multiplicar as instituições pacíficas. Este

(108) Sobre a *origem do sacrificio*, leia-se E. O. JAMES — *Origens of sacrifice* — A Study in Comparative Religion.

(109) MALET — citado, pag. 122.

(110) MÖLLER — *Cours de la Académie de Droit International de la Haye*.

(111) *Oeuvre des Églises pour la Paix*.

trabalho de propaganda é valiosissimo. Só os ignorantes ou os de má fé negarão a importância extraordinária dela.

WELLS, na sua linda obra "*Faillite de la Démocratie*", salienta a necessidade e a importância de uma propaganda pacifista, como veremos mais tarde. E' preciso realmente crearmos uma atmosfera psicológica sinceramente pacifista.

O Direito Internacional nasceu, a principio, no solo católico, é obra dos mestres espanhois do Direito Natural, fundado na sabedoria de ARISTÓTELES e no trabalho filosófico de SANTO AGOSTINHO e de SÃO THOMAS DE AQUINO. Mas depois de GRÓCIO, sua formação foi feita quasi exclusivamente pelos protestantes.

Realmente, todo movimento pacifista contemporâneo foi inspirado pelos protestantes ingleses e americanos. Não desprezando, conquanto menor, a importância da Igreja Ortodoxa, que teve no seu seio DOSTOIEWSKY e TOLSTOI, somos forçados a reconhecer a ação formidável das diversas seitas protestantes. Vejam-se a respeito as páginas eloquentes escritas sobre a política inglesa nas Índias pelos protestantes a Pio IX, e lembrem-se da ação de DAVID URQUHART, inspirador da petição do Sínodo patriarcal dos Bispos aramênios de Constantinopla ao CONCÍLIO DO VATICANO (112).

Ainda hodiernamente causam admiração os ideais messiânicos (Isaias, II — 2-4): "E nos últimos dias estará preparado o monte da casa do Senhor no cume dos Montes, e se elevará sobre os outeiros, e concorrerão a ele todas as gentes.

E irão muitos Povos, e dirão: vinde e subamos ao monte do Senhor, e á Casa do Deus de Jacob, e ele nos ensinará os seus caminhos, e nós andaremos pelas suas veredas: porque de Sião sairá a Lei, e de Jerusalem a palavra do Senhor.

E julgará as nações, e arguirá a muitos Povos: e das suas espadas forjarão relhas de arados, e das suas lanças fouces; não levantará a espada uma nação contra outra nação, nem daí por diante se adestrarão mais para a guerra".

OS GREGOS

- | | | |
|---|------------|---------------------|
| 1 | — FERREYRA | — pag. 121 e segts. |
| 2 | — WHOOLSEY | — § 8.º. |
| 3 | — HALL | — § 30. |
| 4 | — DAVIS | — pag. 5. |
| 5 | — CRUCHAGA | — n.º 9. |

As nações, ou melhor as cidades gregas, independentes, e, ao mesmo tempo, inter-dependentes, dão-nos o primeiro exemplo de um Direito baseado no consentimento comum, regulando as relações reciprocas dos Estados soberanos (113). Antes da conquista macedô-

(112) DAVID URQUHART, some Chapters in the life of a victorian Knigh — errant of justice and liberty, by GERTRUDE ROBINSON, Oxford — 1920.

(113) CATELLANI: Dir. Int. — p. 15; OPPENHEIM — I, § 39.

nica, encontramos a Grécia dividida em uma porção de cidades independentes. Mas os gregos não se podiam esquecer de que tinham a mesma lingua, a mesma raça, adoravam os mesmos deuses, eram animados por idênticos ideais de civilização. Por isso eram essas cidades independentes ou soberanas, inter-independentes, formando uma comunhão internacional, uma verdadeira “Família de Nações”.

Conquanto crueis nas guerras com os bárbaros, observavam entre si regras restritas de proceder, e tinham usos internacionais muito brandos e humanos.

Reconheceram sempre a SANTIDADE DOS CONTRATOS, e se observarmos que a religião era tudo na antiguidade, concluiremos que uma regra baseada em uma sanção religiosa estava muito mais garantida até do que atualmente quando certos govêrnos declaram os tratados “trapos de papel”

Como faz notar NIPPOLD, confundiam-se outrora o Direito e a Moral, mas essa confusão era menos nociva do que a invenção de um Direito Internacional amoral (114).

Ao lado das Federações políticas gregas como a Liga Anphyctiônica, desenvolveu-se o belo INSTITUTO DO ARBITRAMENTO (115). As práticas guerreiras, entre gregos, eram brandas, e não se fazia a guerra sem prévia declaração.

Pela neutralização de certas pessoas e lugares, contribue a Grécia para tornar a guerra menos deshumana. Não conhecem os gregos o cortejo triunfal dos orientais e dos romanos, nem os troféus tomados no campo de batalha, e que perpetuam a lembrança da guerra.

O modo de guerra dos helenos é muito mais civilizado do que o dos outros povos da antiguidade. Salienta J. MÖLLER (116) que em relação aos orientais e aos Judeus a concepção grega da justiça e da guerra internacional justifica e representa um grande progresso. Os gregos não conhecem inimigos de Deus, no sentido oriental. Quanto ao destino dos povos, adotam de antemão a fórmula de FREDERICO SCHILLER: “A História é o Tribunal do Mundo”. Este ponto de vista é favorecido pelo fato de reinar entre os Estados gregos uma in-

(114) A esse proposito diz GUMPLOVICZ: “A Moral é a própria vida, é a fonte do Direito. O que hoje é Direito, ontem foi Moral, daí toda a moralidade tender a tornar-se Direito. A moralidade é o direito que domina na vontade popular” (*Dr. Polit. Fil.* 3). Não é outra a lição de AXEL MÖLLER: “Like all other law, international Law rests, in the last instance, upon an ethical basis” (I, p. 65).

(115) Tod, *International Arbitration amongst the Greeks* (1913). Ralston, *International arbitration from Athens to Locarno* (1929).

(116) *Curso de Haya*, vol. 31.

constância perpétua da fortuna militar. Uma tirania fundada unicamente na força das armas não se podia prolongar muito tempo (117).

A classe sacerdotal não era favorável ás guerras. A sacerdotiza THEANO (118), cinco séculos antes de CRISTO, na época da guerra do Peloponeso, recebe oficialmente a ordem de pronunciar fórmulas de maldição. Mas responde com dignidade: “Sou sacerdotiza para abençoar, e não para amaldiçoar”.

Praticaram as cidades gregas a *extradição de criminosos*. Mesmo quanto aos estrangeiros, deram o exemplo de instituições tendentes a protegê-los. Lembremos os *proxenes*, guarda da hospitalidade, e os tribunais para estrangeiros.

Não nos devemos esquecer do cosmopolitismo grego. SÓCRATES já dizia: “Sou um cidadão do mundo”; e, quatro séculos antes de CRISTO, SÓPHOCLES coloca na boca de sua *Antigone* a lei fundamental do amor ao próximo.

ROMA

- 1 — OPPENHEIM — I, § 40.
- 2 — ACCIOLI — § 47.
- 3 — FERREIRA — 168 e segs.
- 4 — WHOLSEY — § 8.º.
- 5 — DAVIS — pag. 5.
- 6 — MAINE — Ancient Law.
- 7 — CRUCHAGA — n.º 10.

Passemos a Roma. Por mais longe que investiguemos as instituições romanas, encontraremos uns sacerdotes, os FECIALES, incumbidos de dirigir as relações de Roma com os outros povos, applicando um direito divino e sagrado, um *JUS SACRALE*, o *JUS FECIALE* (119).

Devemos distinguir nas relações de Roma com os outros povos dois casos principais:

(117) Mesmo com os outros povos os gregos eram relativamente brandos na guerra. Exemplo, a generosidade de ALEXANDRE em relação a PORO (*Histoire Universelle* — trad. de l'Anglois par une Société de Gens de Lettres, Amsterdam et à Leipsig — chez Arks féc et Merkus — MDCCLI, vol. XIII, p. 70). Se notamos este procedimento de Alexandre, não podemos deixar também de nos referir a Asoka — V. NITTI, Dem. I, p. 321.

(118) THEANO sacerdotiza do tempo de AGRAULE — *Plutarque — Les vies des Hommes illustres* — tomo II, pg. 263 (*Alcibiades*). — Sobre ALCIABIADES: *Justinus* — Lib. 5.º — cap. 8, Xenophonte *Histo.* G. L. I — Thucydides — lib. 5.5.7.8.

(119) ACCIOLI, § 47 — *Histor. Univ. par une société de Gens de Lettres* MDCCXLVII (p. 43 e 49, t. VIII). Em *Tito Livio*, L. I., cap. 25, vêm particularidades interessantes sobre as atribuições dos feciais. Refere-se a decisão entre Roma e Alba, por meio dos *Horácios e Curíácios*, bem como ao tratado então celebrado, modelo dos futuros tratados, que seriam celebrados pela cidade Eterna.

- 1 — Roma tinha tratado com o povo estrangeiro;
- 2 — Roma não tinha com ele nenhum tratado.

Na primeira hipótese, as relações eram minuciosamente reguladas pelo Direito.

Com o correr dos tempos, foi tal a quantidade de estrangeiros em Roma que se formou para eles o *JUS GENTIUM*, aplicado pelo *PROETOR PEREGRINUS*.

Os tratados de Roma com os outros povos eram:

- 1 — De amizade (*amicitia*);
- 2 — De hospitalidade (*hospitium*);
- 3 — De aliança (*foedus*).

As vezes nos tratados combinava-se que qualquer dúvida posterior seria decidida por árbitros, os *recuperatores*.

Quando não havia tratado de aliança, dominava o arbítrio. A pessoa que entrasse no território romano era escravizada, e assim o romano que penetrasse no território estrangeiro era reduzido também á escravidão (exceto os embaixadores). Contudo, quando voltavam novamente á pátria, os escravos tornavam-se livres pelos *JUS POSTLIMINII*.

A guerra era uma instituição legal, com regras precisas. As justas causas de guerras eram:

- 1 — A violação do domínio romano;
- 2 — A violação dos embaixadores;
- 3 — A violação dos tratados; e
- 4 — O auxílio aos inimigos de Roma.

E sómente começavam a guerra os romanos, se satisfações não eram dadas a Roma.

A guerra era sempre crudelissima (120). Terminava:

- 1 — Por tratado de paz;
- 2 — Pela *DEDITIO*, e
- 3 — Pela *OCCUPATIO*.

Ad instar da *proxenia*, existia em Roma o patronato, em virtude de que determinados estrangeiros ou povos tinham um defensor das suas pretensões legítimas em um cidadão romano.

O *patrono* de toda a Sicília era CÍCERO.

(120) O próprio Cesar não primava pela bondade. Apontaremos o seu procedimento no cerco da ALESSIA e para com VERCINGETORIX. Mesmo com os heróicos herminios procedeu ferozmente, como narra MANOEL FARIA e SOUZA, na sua *Historia del Reyno de Portugal* (En Bruselas, MDCCXXX — cap. X, pag. 71), obra interessantissima e digna de meditada leitura. NITTI, *Dém.* I. p. 366.

Finalmente CARACALLA applicou a todos os habitantes do Império o Direito Romano.

Como veremos mais tarde, o Direito Romano, a razão escrita, muito influuiu no desenvolvimento do Direito Internacional.

Não podemos dizer contudo que em Roma existisse um Direito Internacional como o concebemos modernamente (121). O mesmo poderemos dizer da Grécia. Na Grécia o Direito Internacional tinha uma applicação restrita: as AMPHYCTIONIAS, uniões para defesa dos seus interesses comuns, dão-nos o exemplo de uma verdadeira Família de Nações.

Roma era um *Império do Mundo* (WORLD EMPIRE). E' necessário para a existência do Direito Internacional uma base de costumes comuns e concepções jurídicas comuns.

Diz muito bem DIENA (122) que uma sociedade de Estados, o que nós denominamos Comunhão Jurídica Internacional, só se fórma quando existe uma pluralidade de Estados que entram em relações recíprocas, submetem-se a certas normas, e têm uma communhão de idéias morais e jurídicas, isto é, o que se denomina "*conciência jurídica comum*".

A IDADE MÉDIA

- 1 — FERREYRA, pag. 225 e segts.
- 2 — WHOLSEY, § 8.º.
- 3 — CRUCHAGA, ns. 11 e segts.

Variam muito os historiadores na determinação das *épocas históricas*. Alguns prolongam a Idade Média até a renascença das letras e das artes, outros até a queda do *feudalismo*. Podemos, se atendermos unicamente ao desenvolvimento intelectual, limitá-la por SANTO AGOSTINHO e BOÉCIO, de um lado, e por BACON e DESCARTES, de outro (domínio da Escolástica).

Não errariamos se a prolongássemos até a Reforma, ou ainda até quasi o fim do século XV, em que são fatos notaveis o desabamento do IMPÉRIO DO ORIENTE, a conquista de GRANADA, a invenção da tipografia, a união da Bretanha, o ultimo grande feudo, a França, o descobrimento da América e o nascimento de LUTERO.

Vulgarmente adopta-se a seguinte divisão da História: ANTI-GUIDADE, desde os mais remotos tempos até a queda de Roma (476); IDADE MÉDIA, de 476 a 1453 (tomada de Constantinopla); IDADE MODERNA, de 1453 a 1789 (revolução francesa); e, IDADE CONTEMPORÂNEA, de 1789 até hoje.

(121) SÉFÉRIADÈS, *Cours*, t. 34, pag. 228. — AXEL MÖLLER, p. 13.

(122) *Derecho Internacional Publico*, 1932, pag. 7.

Como ensina KORFF, os historiadores costumam dividir a **IDADE MÉDIA** em dois períodos:

- 1.º — do século V ao X, ou “**IDADES SOMBRIAS**” (Dark-ages); e,
- 2.º — do XI ao XVI.

Roma era um Império do Mundo (World Empire) absorvendo todos os povos antigos. Dificilmente poderiam os Romanos conceber um Direito destinado a regular relações de Estados soberanos, pois estes não existiam.

A religião cristã ainda veio aumentar a unidade do Império (momentaneamente)

As coisas continuaram neste pé mesmo depois da divisão do Império (395).

Em 476 dá-se a queda de Roma (123) e ROMULUS AUGUSTULUS, o último imperador, é substituído pelo chefe bárbaro ODOACRO, começando a Idade Média.

Os bárbaros invadem o império. Nas Gallias surge o reino dos francos com CLODOVEU, em 476. Vencido ODOACRO por TEODORICO, em 473, fórma-se na Itália o reino dos OSTROGODOS.

Em 456, o reino dos Visogodos é estabelecido na Espanha. Os vândalos formaram um reino na África, tendo CARTAGO por capital. Os saxões tomaram pé na Bretanha, em 449.

Estes povos que repartiam entre si o império eram bárbaros, e não estavam em condições de assimilar a cultura dos vencidos. Muitos anos foram precisos para que se erguessem a um nível moral e intelectual, próximo do romano.

Adotaram a religião cristã e a civilização romana, mas difficilmente poderiam pretender tornar-se romanos.

Contudo ha exagero por parte daqueles que afirmam ter a cultura romana desaparecido inteiramente. Germens de cultura subsistiam aqui e ali, escolas e homens notaveis mantinham a tradição da cultura antiga. Lembremos somente BOÉCIO e a Escola de Ravenna, que atravessou todo esse período de obscurantismo, e foi como que o ponto de partida da celebre escola de Bologna (CLOVIS BEVILAQUA, *Estudos Jurídicos*, pag. 81)

Realmente, depois da queda do Império do Ocidente e durante os governos de ODOACRO e dos OSTROGODOS, a instrução mante-

ve-se ainda ordenada, como ensina FEDERICO CICCAGLIONE, na sua excelente História do Direito Italiano, o mesmo acontecendo com a reconquista de JUSTINIANO.

Deixando de parte as minúcias, podemos dizer que nas províncias bizantinas da Itália, além de escolas que poderemos dizer secundárias, existiam as superiores para o ensino do Direito: Roma e Ravenna.

A escola de Roma foi continuação da famosa Escola existente em Roma durante o império, mantendo a mesma organização.

A Escola de Ravenna surgiu certamente depois de JUSTINIANO, sendo impossível precisar a época do seu nascimento.

Discute-se ainda muito sobre a origem da Universidade de Bologna (G. MANACORDA, *Storia della Scuola in Italia*, Palermo, 1914). Contudo parece-nos indubitável que a Escola de Bologna nada mais é do que transformação da de Ravenna (124)

Em 800, CARLOS MAGNO restabeleceu novamente a unidade e foi coroado IMPERADOR ROMANO pelo Papa Leão II.

O império Franco durou pouco, pois em 845, pelo tratado de VERDUN, se fracionou em três partes, que foram o embrião de onde mais tarde se formariam as diversas nações européias.

Na IDADE MÉDIA, poder-se-ia ter formado um Direito Internacional perfeito, como observa SÉFÉRIADÈS, mas isso, infelizmente, não aconteceu (125).

(124) Veja-se FEDERICO CICCAGLIONE, — *Manuale di Storia del Diritto Italiano*. TARLAZZI, *La Scuola di Diritto Romano in Ravenna*, ed. in Bologna. RICCI — *Origini dello Studio Ravennato*. RIVALTA, *Discorso sopra la scuola delle leggi romane in Ravenna ed il collegio dei giureconsulti ravennati*. Ravenna, 1888. SCHUPPER, *Le Università ed il diritto*, nel vol. III dell'opera: *Gli albori della vita italiana*, Milano, 1891. La scuola di Roma e la questione in irneriana, in *Memorie della R. Accademia dei Lincei*, 1897. — SARTI, *De claris Archigymnasii bononiensis professoribus a sæculo XI usque as sæculum XIV*, Bonaniae, 1769-1772, n. ed. Bologna, 1889. MALAGOLA, *Monografie storiche sullo studio bolognese*, in Bologna, 1888. CHIAPPPELLI, *Lo studio bolognese nelle sue origini e nei suori rapporti con la scienza preirneriana*, Pistoia, 1888. GLORIA, *Autografo di Irnerio e origine delle università di Bologna*, Padova, 1888. TAMASSIA, *Bologna ele scuole imperiali di diritto*, in *Archivio giuridico*, 1888. PATELTA, *La scuola giuridica constantinopolitana del secolo XI e la scuola di Bologna, negli studii storico-giuridici offerti a F. Schupfer*, Torino, 1898. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Il diritto romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Bologna*, in *Redniconi del R. Istituto Lombardo*, 1885. RIVIÉR, *L'Université de Bologna et la première rénaissance juridique*, in *Nouvelle Revue historique*, 1888.

(125) V. T. AXEL MÖLLER, p. 13.

**NOS SÉCULOS XV
E XVI**

lutamente independentes. Com o desenvolvimento extraordinário do comércio naquela época, estabeleceram-se relações entre os povos. Era indispensável que um Direito aparecesse para regular essas relações.

**FATORES QUE IN-
FLUÍRAM NO DE-
SENVOLVIMENTO
DO DIREITO IN-
TERNACIONAL
NESSA ÉPOCA**

Ensina OPPENHEIM que em tal época sete fatos influíram grandemente no desenvolvimento do Direito Internacional. Vejamos quais foram:

- 1 — Os civilistas e canonistas. O renascimento do estudo do Direito Romano, com IRNERIO, os glosadores e postglosadores, que reputavam este Direito, o Direito por excelência, a *RATIO SCRIPTA*, não poderia deixar de influir grandemente na formação de um Direito que se criava nessa época. Como a ciência grega, o Direito Romano desaparecera só aparentemente da Europa. Com a invasão dos bárbaros, povos ignorantes e devido ao proselitismo de uma nova religião, a Filosofia grega, a ciência helénica transportou-se para a Ásia. Numerosos sábios e filósofos gregos refugiaram-se na Córte Persa, formando-se no Oriente um importante núcleo intelectual que floresceu principalmente em Bagdad, enquanto baixava o nível mental europeu. “Mais tarde, quando os arabes derramando-se pelo Norte da África, se apoderaram da Espanha, e vieram ameaçar toda a Europa, que naturalmente dominariam, se os guerreiros de Carlos Magno não os tivessem detido em Tours, trouxeram todo o tesouro da Filosofia e da ciência dos gregos, e, assim, determinaram uma revolução no mundo, fomentaram a renascença, fizeram com que os modernos conhecessem as obras antigas: as científicas, sobretudo de Alexandria, e as filosofias da Grécia. Por esse modo, se estabeleceu, ou antes, se restabeleceu a unidade do pensamento científico e filosófico” (CLOVIS BEVILAQUA, *Estudos Juridicos*, pg. 74)

Em relação ao Direito, observa CLOVIS BEVILAQUA, as coisas se passaram de outro modo, mas o resultado foi o mesmo. O Direito Romano esteve sempre como lei dominando na Europa. Não foi um elemento posto á margem, atirado fóra por algum tempo e descoberto por povos de outra origem, que novamente o restituíram á Europa. Hoje a lenda da descoberta de um exemplar das Pandec-

tas em Amalfi, ao tempo de Lothário II, está completamente desmoralizada depois dos estudos de SAVIGNY sobre a História do Direito Romano na Idade Média (126)

E' de notar que os civilistas consideravam o Direito Romano o Direito do mundo civilizado, e tratavam de várias matérias internacionais comentando o *CORPUS JURIS*.

Os canonistas, por sua vez, discorreram sobre a guerra, procurando abrandá-la, torná-la mais humana (127)

- 2 — As coleções de leis marítimas. No século VIII, começou o comércio marítimo a desenvolver-se, e apareceram costumes marítimos, reunidos em corpos de leis. As mais notáveis dessas leis marítimas foram o "*Consolato del mare*" (sec. XIV) de Barcelona; as leis de Oleron (sec. XIII); a lei Rhodia (sec. VIII ou IX); as leis de Wisby (sec. XIV), da ilha de Gothland na Suécia. Destas leis a mais importante é o *Consulado do mar* (LAFAYETTE, pag. 21).
- 3 — As ligas de cidades — O terceiro fator foram as ligas de cidades para proteção de seu comércio. A principal delas é a *Liga Hanseática* (128).
- 4 — As embaixadas permanentes.
- 5 — Os exércitos permanentes.
- 6 — A Renascença e a Reforma.

Diz muito bem OPPENHEIM (1 - pag. 60) que a renascença das ciências e das artes no século XV, juntamente com a ressurreição do conhecimento da antiguidade, reviveu os ideais filosóficos e estéticos da vida grega, e os transferiu para a moderna. Surgiu a convicção de que os princípios cristãos deveriam ser observados tanto em matéria nacional como internacional. De outro lado a reforma pôs fim á supremacia do Papa sobre o mundo civilizado.

Os Estados protestantes não poderiam reconhecer mais o poder arbitral do Papa. Si é verdade que o Código da Ética Cristã contido no Novo Testamento serve como regra de proceder nas relações internacionais, e como ponto de referência para se saber se um procedimento é justo ou injusto, conforme ensina DAVIS (129), *póde-se* calcular a influência extraordinária da Reforma, conside-

(126) V. CLOVIS BEVILAQUA — *Estudos Jurídicos*. SAVIGNY — *Hist. du Dr. Rom. au Moyen Age*, trad. Guenoux — 1830.

(127) LAFAYETTE — §§ 10 e 11.

(128) *Butler and Maccoby*, pag. 24.

(129) *International Law*, pag. 28.

rada por CALVO como um dos mais notáveis acontecimentos da História do mundo.

Ensina NITTI (130) que os homens que vivem na nossa civilização obedecem às mesmas paixões e seguem em parte os mesmos instintos que os seus antepassados. Somente as idéias morais e os sentimentos de ordem elevada determinam grandes movimentos da humanidade e contribuem para o seu aperfeiçoamento.

Interpretações arbitrárias de hipóteses científicas, como o transformismo, a evolução, a hereditariedade das qualidades adquiridas, durante muito tempo entretiveram as ilusões mais absurdas. O que ha de melhor em nós, o que atenua a violência dos instintos, das paixões, é apenas o fruto das grandes concepções morais e religiosas. O próprio socialismo não pode implantar-se solidamente senão nos países penetrados do *espírito de ISRAEL e da civilização cristã*.

Esta influência extraordinária da Reforma no Direito Internacional será por nós estudada detalhadamente em tempo oportuno.

Conquanto GRÓCIO procurasse remontar o Direito das Gentes aos gregos e romanos, os autores modernos não aceitam tal tese. O sonho de dominação universal, acaalentado pela Roma antiga, era a negação do Direito Internacional.

A Igreja herdou de Roma (131) o desejo da unidade, aspirando organizar a *Monarquia Universal*.

A Igreja cedeu mesmo á tentação de reivindicar o reino deste mundo, idéia repelida por CRISTO (S. Matheus — 48).

(130) *La Démocratie*, 1933, pag. 12.

(131) VIRGILIO (*Eneida*, I, 278; IV, 227, 231; VI, 851-853) proclamava o destino de Roma: exercer uma soberania a qual os deuses não impuseram nenhum limite, no espaço e no tempo. Dante, seguindo o poeta, proclamava a missão de Roma divina e sua história um milagre da Providência. Roma a cidade eterna, séde do Império Universal, devendo o próprio Cristo ser considerado romano (1.ª Com. Purg. 102 — De monarchia II, 4, NITTI, *Dém.* 2.º, p. 277, descreve magistralmente a luta entre a Igreja católica e o Estado. Mostra o grande escritor que a Igreja de Roma, onde tudo se vende (*Dante*, Par. XVII, 51), nunca deixou de sonhar com a dominação universal. Em uma Democracia o regimen da *separação da Igreja e do Estado* é o unico meio de existirem os dois poderes sem conflitos permanentes. O conflito histórico entre a Igreja e o Estado só pode ser solucionado pela separação completa e com a liberdade religiosa plena, absoluta, irrestricta. Sempre que o catholicismo dominou soberanamente, abafou a liberdade e impediu o progresso econômico e social (p. 279). Não nos devemos esquecer nunca de que "l'opposition fondamentale entre catholicisme et démocratie, entre catholicisme et liberté ne disparaitra jamais... (NITTI, *Dém.* 2.º, p. 284).

Apontemos os Papas. GREGÓRIO VII condena o poder temporal dos Príncipes (Epistolae, Lib. VIII, I-21), sendo o Papado o Sol e a realeza a Lua; o sacerdócio tendo sido instituído por ordinationem divinam e a realeza per extorsionem humanam, o poder sacerdotal é superior ao civil, como a alma ao corpo. Durante toda a Idade Média a Igreja trabalhou por obter o predomínio dessa tese teocrática da unidade do mundo (132)

Triunfasse a Igreja e o Direito Internacional não poderia se desenvolver sob sua influência, como observa FAUCHILLE (vol. I, pag. 73) O absolutismo eclesiástico é ainda muito mais perigoso do que o leigo, pois se funda na vontade insondável de DEUS, e não conhece limites.

A unidade desejada pela Igreja é incompatível com o Direito Internacional, e a Igreja era no fundo inimiga das Nações. Estas se constituíram graças á Reforma, quando os príncipes se opuzeram ás pretensões dos Papas. A Reforma estabelecendo a autoridade da Escritura Santa, concorreu para excitar a atividade intelectual do povo e para sua instrução, bem como para o aparecimento das literaturas nacionais. A Reforma foi que fez penetrar na vida moral dos povos no século XVI as idéias de liberdade religiosa e de liberdade política. Dela se originam todas as liberdades modernas (133).

(132) LAURENT, *Études sur l'histoire de l'humanité*, tomo VI, p. 109.

(133) Les grandes démocraties modernes sont nées dans des pays de civilisation chrétienne; mais dans des pays où le catholicisme s'était atténué, où il ne dirigeait plus avec autorité l'État, chez des populations qui, sous l'effet du Protestantisme, s'étaient éloignés du catholicisme (NITTI, *La Démocratie*, vol. II, p. 247) "Dans les pays d'Europe et d'Amérique, presque tous les grands mouvements politiques qui ont déterminé la formation des démocraties modernes, sont sortis des luttes religieuses contre l'église catholique, et ils ont pris naissance souvent dans des pays protestants" (id. p. 249).

Esta é a these do grande Nitti, que mostra que o fator religioso desempenhou grande papel no nascimento da democracia, sendo sempre um movimento exterior ao catolicismo e mesmo contrário a ele (p. 249 e 254). Da mesma forma o *Budismo*, na sua essência antes uma filosofia que uma religião, rebaixa o nível da vida, alimenta nas almas um quietismo mórbido, e, conquanto tenha uma moral altíssima, não contribue de forma alguma para a emancipação humana (pag. 249).

"On peut dire que le principe de la liberté moderne, liberté de penser, de se reunir, de discuter, d'avoir une opinion, de la divulguer et de l'enseigner — liberté substantielle de l'individu independence de l'État et de l'Église, ont peut dire que cette liberté n'est venue que de la réforme protestante, et que seul l'esprit de la réforme protestante a fait surgir en Amérique la première grande république et la première constitution vraiment démocratique" (Nitti, *Dém.*, 2.^o, p. 270).

MAX BOEGNER (134) diz que, constituídas as nações, devido à Reforma, a ciência do Direito das Gentes data do século XVI. Sómente então os Estados secularizados tornam-se sujeitos de Direito e as relações múltiplas que sua coexistência no seio de uma mesma comunhão humana os obriga a estabelecer entre si na plenitude de sua soberania dão, ao Direito Internacional, o objeto sem o qual ele não poderia existir. GRÓCIO recebeu, como em geral os reformados das províncias unidas, uma forte cultura bíblica. Assim recorre, na sua argumentação, á autoridade divina e cita frequentemente a Bíblia. Os sucessores de GRÓCIO nos séculos XVII e XVIII, ZOUC, PUFFENDORF, BARBEYRAC, BURLAMAQUI, WOLF, WATEL, todos são protestantes, e durante dois séculos o Direito Internacional aparece, como salienta BOEGNER, como sendo uma ciência reformada. Entre todos esses internacionalistas protestantes existe a convicção de que os deveres internacionais são uma categoria dos deveres cristãos. A atuação pacifista dos Reformados foi constante através dos tempos.

LUTHERO detestava a guerra. ERASMO e CALVINO foram pacifistas, e este condena a guerra como uma coisa horrível e contra a natureza, uma enormidade. CALVINO formúla claramente as leis da guerra, e diz que um povo, levado a uma guerra de defesa, não deve esquecer nunca a solidariedade humana e de que todos somos irmãos (Opera, pag. 619). Toda a crueldade deve ser evitada, respeitadas também as árvores e tudo que serve de alimento ao povo. A guerra para CALVINO não se estende aos não combatentes, cujas vidas devem ser respeitadas. Os QUAKERS desejavam transportar os preceitos de Jesus Cristo relativos ao perdão das ofensas, á não resistência, á paz, para o domínio das relações internacionais.

Entre eles salientam-se WILLIAM PENN e ANTONIO BENEZET. A organização internacional teve como pioneiros sempre homens imbuidos nos princípios da Reforma. Sintetizando o magnífico curso na Academia de Direito Internacional de Haya, em 1925, em que tratou da influência da Reforma sobre o desenvolvimento do Direito Internacional, MAX BOEGNER, pastor da Igreja reformada da França, assim se expressa:

“Ainsi s’est exercée depuis le XVI^{ème} siècle, ainsi s’exerce encore aujourd’hui sur le développement du droit international l’influence des Églises de la Réforme. Parce qu’elle est, non pas une réforme entreprise et achevée en un moment dans l’histoire, mais un mouvement, un esprit qui porte en lui une force inépuisable de croissance, de renouvellement et d’approfondissement. La Ré-

forme após avoir rendu possible et soutenu de tout son effort la formation de nations independentes, devait necessairement decouvrir la sauvegarde de cette independence dans une société des nations garantissant à chacune le respect de ses droits essentiels. Elle continuera dans l'avenir, par fidelité aux grands principes de l'Évangile du Christ, a rendre la coopération des peuples dans un commun labeur pour fonder la vie internationale, dans tous les domaines, sur la reconnaissance de la valeur sacrée de la persone humaine et des exigences de la solidarité" (135).

7 — Os projetos de paz perpétua. Dele nos ocuparemos mais tarde (136).

SEGUNDO PERÍODO

O Direito Internacional depois de Grócio

O TEMPO DE GRÓCIO

- 1 — NYS — I, pag. 23/50.
- 2 — CALVO — I, pag. 32/101.
- 3 — ULLMAN, §§ 15 a 17.
- 4 — WHEATON — Histoire des Progrès du Droit des Gens en Europe.
- 5 — LAURENT — Histoire du Droit des Gens (2.à ed. — 1865 — 68, 14 vols.).
- 6 — OPPENHEIM, I, pags. 63 e segts.

O século XVII apresenta-nos a Europa dividida em uma multidão de pequenos Estados independentes. Ora, com o aumento extraordinário do comércio, cresceram espantosamente as relações entre os povos: era indispensavel o aparecimento de regras para reger essas relações.

Foi então que HUGO GRÓCIO reuniu em um corpo único todos os usos e costumes internacionais de sua época, formando um verdadeiro Código ou consolidação, o DE JURE BELLI AC PACIS. Essa obra correspondia de tal f rma às necessidades do momento que foi considerada uma verdadeira lei. O panorama internacional do seu tempo foi a idéia inspiradora de Grócio.

E' por isso que Grócio é denominado "PAI DO DIREITO INTERNACIONAL".

(135) JACQUES DUMAS — *Les Origines Chr tiennes du pacifisme contemporain* — (Paris-1914) — N. WEISS — *La Démocratie et le Protestantisme* (Paris-1924).

(136) OPPENHEIM — I, § 42, n. 7, p. 61.

PRECURSORES DE GRÓCIO

- 1 — AXEL MÖLLER, pag. 44.
- 2 — OPPENHEIM, I, pag. 98.
- 3 — NYS — *Le Droit Int. I*, pag. 213.
- 4 — BONFILS-FAUCHI LE, I, pag. 129.
- 5 — PILLET — *Les Fondateurs du Droit Int.*
- 6 — TRELLES — Francisco Victoria — *Rec. Cours. Haya* — 1927.
- 7 — DESPACNET — ns. 28-35.
- 8 — ACCIOLI, I, pag. 31.

GRÓCIO teve precursores: MACHIAVEL (Calvo, 21), LEGNANO, BELLI, VICTORIA (137), AYALA (138), SUAREZ (139) e GENTILI (1552-1608, italiano, professor em Oxford). O livro de GENTILI, DE JURE BELLI, foi mesmo o modelo de GRÓCIO, mas, conquanto GRÓCIO muito deva a GENTILI, foi maior que este, e com justiça foi cognominado “Pai do Direito Internacional” (OPPENHEIM — VAN DER VLUGT — *L'Oeuvre de Grotius* — Cours — 1925 (140).

HUGO GRÓCIO

- 1 — SYLVIO GURCEL DO AMARAL — *Ensaio sobre a vida e obras de Hugo Groot* (Rio, 1903).
- 2 — WALKER, *History*, pag. 284 a 329.
- 3 — VAN DER VEUGT — *L'oeuvre de Grotius et son influence sur le developpement du Droit International* (Cours, 1925, II — pag. 399).
- 4 — KOSTERS — *Some less Works of Hugo Grotius* (Bib. Visseriana).

O grande jurisconsulto holandês nasceu em Delft, em 1583. Desde a mais tenra idade mostrou grande talento e amor ao estudo, sendo considerado um menino prodígio. Começou a estudar Direito em Leyden aos 11 anos, e aos 15 era doutor em Leis por Orleans. Em 1618, foi condenado á prisão perpétua. Em 1621, fugiu. Em 1634, entrou para o serviço da Suécia, tornando-se Ministro sueco em Paris. Morreu em 1645, em Rostock.

Em 1609, escreveu o “*Mare Liberum*”. Em 1625, publicou o “*De Jure Belli*”. Este livro imortal, considerado como sendo o mais importante depois da Bíblia, é o fundamento de todo o desenvolvimento posterior do Direito das Gentes (141).

(137) J. BARTHÉLEMY — *Les Fondateurs*, p. 1/36 — Victoria foi quem primeiro ensinou o Direito Internacional num estabelecimento de instrução (BROWN SCOTT — *La Découverte de l'Amérique et le Droit des Gens*) — R. D. I., IV, p. 38.

(138) NYS, *Rev. Dr. Int. et de Lég. Comparée* (1913).

(139) VERDROSS o considera superior a Victoria (*Cours*, t. 30, p. 280).

(140) Afirmação contestada por A. CAVAGLIERI (*Cours*, p. 27)

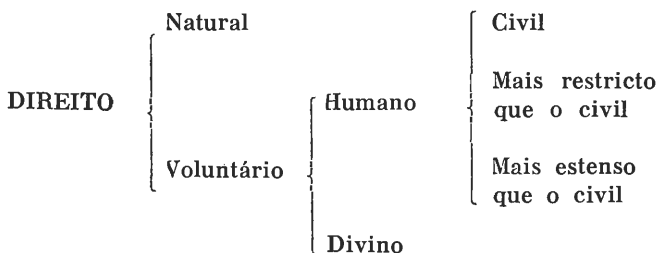
(141) O “*De Jure Belli ac Pacis*” é indubitavelmente uma obra que traz o cunho do gênio, rica de pensamentos profundos, originais, luminosos, e ornada de larga erudição” (LAFAYETTE, § 21). Continua até hoje a ser invocado como uma autoridade digna de respeito, e é um repositório de idéias e principios sãos. (LAFAYETTE, § 21). “The whole development of the whole Law of Nations as well as

A sua intenção foi, a princípio, escrever um livro sobre a guerra (12), e não um tratado completo de Direito Internacional, impressionado com as crueldades praticadas nas lutas do seu tempo (Vide “Revista da Faculdade” — “Submarinos de Guerra” — tese do dr. BRAZ DE SOUZA ARRUDA). As suas investigações o levaram muito longe, e publicou um verdadeiro tratado de Direito Internacional (143). Não só GRÓCIO, mas os grandes internacionalistas também contribuem para a formação do Direito Internacional (144)

**DOCTRINA DE
GRÓCIO**

PRADIER FODÉRÉ (Traité de Droit International Public, 1885) critica aqueles que citam GRÓCIO sem o terem lido: entre eles CALVO. Adverte que GRÓCIO

dá uma divisão, não do Direito Internacional, mas sim do Direito em geral. Ei-la:



O Direito humano, mais estenso que o civil, é que é o Direito das Gentes, GRÓCIO distingue perfeitamente o Direito das Gentes do Direito Natural Puro, firmando que ele se fórma não só dos princípios do Direito Natural, mas também do consentimento geral das nações, manifestado pelos seus usos (V. também GROTIUS, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, trad, de Fodéré, 1867, liv. I, § X, I pag. 75, l. I e § XIV, l. I. pag. 91).

that of the science of the Law of Nations, takes root from this for ever famous book” (OPPENHEIM, I, § 53, p. 101). O monumental trabalho de GRÓCIO, publicado em mais de 50 edições latinas, e traduzido em várias linguas, tornou-se “the foundation of the Science of International law of the whole of modern time” — (A. MÖLLER, pag. 45).

(142) LAFAYETTE, § 20.

(143) “At the end of Seventeenth century the civilised States considered themselves bound by a Law Nations, the rules of which were to a great extend the rules of Grotius” (OPPENHEIM I, pg. 64).

(144) LAFAYETTE, § 18.

O que é certo é que GRÓCIO admitia a existência, ao lado do Direito Natural, de um Direito voluntário, determinado pelo consenso dos Estados ao qual denominava Direito das Gentes.

As particularidades sobre a doutrina grociana podem obter-se lendo-se o seu “De Jure Belli ac Paris”, traduzido por James Brown Scott (Oxford, 1925)

GRÓCIO funda o Direito das Gentes, tendo por base a convicção da unidade do genero humano (Proleg., § 24), seguindo as pegadas de SOTO, VICTORIA, SUAREZ e COVARRUVIAS. VICTORIA já dissera que um Estado não é senão uma parte do mundo inteiro (De Potestate Civile)

A opinião de SUAREZ pôde ser vista na maravilhosa obra de VANDERPOL (La Doctrine Scolastique du Droit de Guerre, pag. 506), “Omnis gens una sumus”, dizia já CLAUDIANO, DE Stilic.

Z O U C H

Este, que pôde ser considerado um fundador menor do Direito Internacional, sustentava, conquanto não negasse a existência do Direito Internacional natural, que o Direito Internacional dos costumes era mais importante. O seu trabalho escrito em 1650 pôde ser considerado o *primeiro manual positivo* de Direito Internacional.

Foi ele tambem o primeiro a usar das expressões — JUS INTER GENTES (145) GRÓCIO denominava a sua ciência JUS GENTIUM, e devido á sua influência originou-se a expressão DIREITO DAS GENTES.

Mais tarde BENTHAM adotaria a expressão DIREITO INTERNACIONAL (International Law)

ESCOLAS DE DIREITO INTERNACIONAL

FONTES
LAFAYETTE, § 22.
OLIVI, § 6.º, pags. 32 e segs.

Da influência contrária de GRÓCIO dando preferência ao Direito Natural sobre o Positivo, e de ZOUCH, preferindo o Positivo ao Natural, originam-se as três escolas de Direito Internacional: NATURALISTA, POSITIVA e GROCIANA.

E' o que salienta BOURQUIN (Droit Int. de la Paix, Cours, 35, p. 18). Mostra ele os internacionalistas, a partir do sec. 17, com

(145) VICTORIA, segundo AXEL MÖLLER, 47, HERSHEY, 89, RIVIER, I, p. 6. usou da expressão antes de Zouch.

ZOUCH, seguido no século XVIII por BYNKERSHOECK, MOSER e MARTENS, estendendo dia a dia o papel do D. Voluntário, em detrimento do Natural. O positivismo vai cada vez mais ganhando terreno, atenuando-se progressivamente a influência do D. Natural.

OS NATURALISTAS

- 1 — AXEL MÖLLER, pag. 46.
- 2 — OPPENHEIM, I, p. 104.

Os naturalistas negam a existência de um Direito Internacional originado dos costumes e dos tratados. Consideram o Direito Internacional um ramo do Direito Natural, o Direito Natural aplicado ás nações. Os principais são: PUFENDORF, o fundador da Escola, THOMASIVS, HUTCHESON, RUTHERFORD, BARBEYRAC e BURLAMAQUI.

OS POSITIVISTAS

- 1 — LAFAYETTE, § 23.
- 2 — AXEL MÖLLER, p. 47.
- 3 — OPPENHEIM, I, pag. 105.

Os positivistas sustentam que o Direito Internacional positivo, originado dos usos e costumes e dos tratados, modos por que se manifesta o consentimento comum dos Estados que compõem a Família das Nações, é muito mais importante do que o Direito Internacional Natural. O Direito Internacional é uma criação histórica, um produto das necessidades práticas e da comunhão de idéias, interesses e cultura das nações e revelado por usos, costumes, tradições e fatos.

RACHEL e TEXTOR escreveram no século XVII, quando a escola começou a ter importância. Temos, no século XVIII, BYNKERSHOECK, MOSER, considerado por LAFAYETTE o verdadeiro fundador da escola, e MARTENS. De todos eles o mais positivo é BYNKERSHOECK, que baseia o Direito Internacional no consentimento comum.

Alguns positivistas negam mesmo a existência do Direito Natural.

O objeto da ciência do Direito é o Direito Positivo. Seu papel é dizer o Direito em vigor, determiná-lo, explicá-lo e ordená-lo sistematicamente. Pouco importa que, de outro aspeto muito distinto, concorra, de acôrdo com outras ciências, para sua reforma por meio de uma apreciação crítica.

E' necessario contudo separar a norma em vigor de vãs aspirações da consciência social ou da doutrina.

O *Positivismo verdadeiro* não admite o Direito Internacional Natural (146). Diz muito bem, o preclaro OPPENHEIM: “We know now a days that a Law of Nature does not exist. Just as the so called natural philosophy had to give way to real natural science, so the Law of Nature had to give way to jurisprudence, or the philosophy of the positive Law. *Only a positive Law of Nations* can be a branch of the science of law” (I, p. 116)

OS GROCIANOS

- 1 — AXEL MÖLLER, p. 47.
2 — OPPENHEIM, pag. 107.

Os grocianos dão importância igual ao Direito Internacional Natural e ao Positivo. Os principais são WOLFF, VATTEL e a maioria dos escritores franceses. Entre nós LAFAYETTE, § 15.

OBRAS PRINCIPAIS DOS POSITIVISTAS

A primeira obra verdadeiramente positiva de Direito Internacional foi a de HARTMANN (1874). A segunda, a de HALL (147) Depois, a de OPPENHEIM, o mais insigne representante da nossa escola. Além deles, BULMERING, TAYLOR, WILSON, MAXEY, HERSHEY, LISZT, AXEL MÖLLER, ULLMANN e STOCKTON podem ser considerados positivistas.

(146) Fala-se hoje muito em renascença do Direito Natural. Contudo, no Brasil, como diz muito bem CLOVIS BEVILAQUA (*Estudos Jurídicos*, pag. 170) o conjunto dos espíritos seletos, que se têm entregado ás investigações do problema jurídico, em sua feição filosófica, não obstante dissentimentos nas concepções fundamentais e no método, é avesso ao Direito Natural. Realmente, SYLVIO ROMERO repele a concepção do Direito Natural, como já anteriormente a repeliu TOBIAS BARRETO. Do mesmo modo, FAUSTO CARDOSO, aplicando o haeckelismo ao Direito, LAURINDO LEÃO e PEDRO LESSA, no seu livro *Estudos de Filosofia do Direito*.

O grande e saudoso PEDRO LESSA encontra no método positivo os elementos necessários, á construção da ciência do Direito.

Se assim é entre nós, na própria Alemanha o idealismo critico de Hegel, retemperado pela experiência, esclarecido pela História e pela Legislação Comparada, opõe embargos ao Direito Natural.

Apontemos KOHLER e BEROLZHEIMER. Não pôde realmente haver um direito universal, imutavel. Mesmo não podemos falar em Direito Natural, no sentido de STAMMLER, isto é, Direito Natural de conteúdo variavel. O Direito varia de acôrdo com as necessidades sociais. Se para BEROLZHEIMER o Direito é eminentemente cultural, é um dos elementos essenciais da civilização, e varia com ela.

(147) “...one of the best books on the Law of Nations that have ever been written” (OPPENHEIM, I, § 59).

**DEPOIS DO APARE-
CIMENTO DO “DE
JURE BELLI”**

Considerados os fatores que influíram no espirito de GRÓCIO, estudemos a seguinte época do Direito Internacional, depois do *aparecimento de sua obra, em 1625*. No tempo de GRÓCIO, achava-se a

Europa dividida em um grande número de Estados, com continuas relações comerciais.

Foi indispensavel o aparecimento de regras de ação que regulassem as relações recíprocas desses povos. Foi para reger as relações internacionais dos Estados que apareceu o Direito das Gentes. GRÓCIO, sendo cristão, inspirou-se, quando fundou o Direito Internacional, na Moral cristã, e porisso é ainda a Moral da humanidade culta, a Moral do Direito das Gentes.

E' considerado justo em Direito Internacional o que é justo em face dos princípios cristãos. A violação de princípios cristãos é a violação de princípios do Direito Internacional.

A história do Direito Internacional depois de GRÓCIO póde dividir-se nos seguintes periodos: 1648-1721, 1721-1789, 1789-1815, 1815-1856, 1856-1874, 1874-1899, 1899-1914, 1914-1918, 1918 até hoje.

1648-1721 — Começa este período com a PAZ DE WESTPHALIA (148) As reuniões de Munster (católicos) e Osnabruck (protestantes) constituem os primeiros exemplos de congressos reunidos para resolver questões internacionais pelo consentimento comum dos povos.

Foi o Tratado de Westphalia que primeiro reconheceu o sistema do Estado Nacional e das soberanias nacionais independentes.

Como ensina BRUCE a história moderna caracteriza-se pelo nascimento dos Estados nacionais com o desenvolvimento correlativo do sentimento patriótico, a expansão do capitalismo e o imperialismo contemporâneo.

Nos grupos primitivos, o vínculo que unia os homens era o do sangue, dominando o instinto da grei. Realmente, o homem é fundamentalmente social. Nunca viveu, nem poderia viver, isoladamente. Daí unirem-se os homens, do mesmo modo que as abelhas e as formigas, em grupos, e daí tambem a solidariedade e o instinto da grei, a que se refere TROTTER (Instinct of the Herd in Peace and War).

Em seguida ás tribos nômade, vincularam-se os homens ao território, e isto muito recentemente. Daí transformarem-se as relações pessoais e de consaguinidade das tribos em políticas e territoriais, nas cidades.

Estas cidades foram absorvidas por impérios patriarcais. Apontaremos o antigo Egito, formado pelas numerosas cidades do vale do Nilo; o império Babilônico, o Assírio e o Persa.

Os Estados nacionais poderiam formar-se como um produto da antiguidade, consequência das cidades antigas, se não fosse a absorção destas pelos impérios patriarcais. O sistema da unidade do mundo culminou com o Império Romano. Dentro, contudo, dos Impérios patriarcais, dentro do Império Romano existiam culturas particulares, permaneciam nacionalidades com ideais e pontos de vista peculiares.

O espírito de Roma foi herdado pela Europa, e vive ainda hoje nos povos mais civilizados do continente europeu.

A tendência para o universalismo atravessou a Idade Média, e é sintetizado por DANTE no “DE MONARCHIA” (149).

A Igreja herdou o espírito de unidade da Roma imperial. A Igreja é na Idade Média um grande Estado internacional, dominando no religioso e no plano mental.

A ciência européia estava unida pela teologia e pela educação, e a língua latina era na Idade Média a língua da política, dos negócios e do saber.

Formou-se assim pela religião uma comunhão da fé, um Sacro Império, tendendo-se para um grande movimento mundial unitarista.

Coincidem então os limites de Roma com os do Império da Cristandade. E' o que expõe maravilhosamente JAMES BRYCE (150).

Surge em seguida a *nova era*, a dos Estados Nacionais, formando-se uma Família de Nações, independentes e soberanas, base para o desenvolvimento do Direito das Gentes. Este surgiu dos Estados Soberanos; esta nova era não é produto exclusivo da Renascença ou da Reforma, mas sim consequência na sua maior parte, como ensinam os modernos historiadores, da expansão da Europa, das descobertas, do desenvolvimento do capitalismo. Muito mais contribuiu o contato das culturas e a curiosidade intelectual estimulada pelas descobertas para o progresso intelectual do que a ressurreição da antiga cultura.

Não queremos negar a importância extraordinária da Reforma, mas sim salientar que não nos devemos ater a fatores particulares, desprezando a complexidade dos pontos de vista gerais.

(149) DANTE apenas tinha a paixão de sua cidade e a concepção do Império. Nem ele, nem MACHIAVEL previram ou prepararam a *unidade italiana* (NITTI, *Dém.* I., p. 91)

(150) *The Holy Roman Empire*, pags. 90 e 91.

E' de notar que do sistema feudal não poderia surgir uma ordem internacional.

Com a formação dos Estados independentes e soberanos, desenvolveu-se o nacionalismo, surgiram as literaturas particulares dos Estados. A Europa, feudal e imperial, sucedeu uma Europa fundamentalmente nacionalista.

Como salientaremos mais tarde, o nacionalismo bem entendido não é contudo incompatível com a cooperação internacional (151).

**RESULTADOS DO
CONGRESSO**

1 — AXEL MÖLLER, p. 47.
2 — OPPENHEIM, pag. 65.

1 — A Suíça torna-se independente;

2 — Os 332 Estados do Império Germanico formam uma confederação, tendo o imperador por chefe;

3 — Desaparece o princípio da unidade do mundo;

4 — Surge o princípio do equilíbrio europeu;

5 — Os Estados protestantes e católicos são tratados no mesmo pé de igualdade.

A politica de conquista de LUIZ XIV tem como consequência numerosas guerras.

Neste período, o "REI SOL" viola o Direito Internacional a todo momento, mas sempre acha um meio de se desculpar, e jamais confessa a violação. Tratados importantes:

1 — Paz dos Pyrineus (1659);

2 — Paz de Aix-la-Chapelle (1668);

3 — Paz de Nymegue;

4 — Paz de Ryswick (1697);

5 — Paz de Utrecht (1713), e as de Rastad e Baden, de 1714, terminando a guerra da sucessão da Espanha. Além destes tratados, celebrados em virtude de guerras com a França, outros foram concluídos. Entre eles:

1 — Paz de Roeskild (1658);

2 — Oliva (1660);

3 — Copenhague (1660);

4 — Kardis (1661);

(151) ABBOTT, W. C., *The Expansion of Europe*; BRYCE, JAMES, *The Holy Roman Empire*; GRENIER, A., *The Roman Spirit*; MACLEOD, W. C., *The Origins of the State*; PILLSBURY, W. B., *The Psychology of Nationality and Internationalism*; SELLERY, G. C., and KREY, A. C., *Medieval Foundations of Western Civilization*; SMITH, P., *The Age of the Reformation*; TROTTER, E., *Instinct of the Herd in Peace and War*; ZIMMERN, A. C., *Nationality and Governement*.

5 — Breda (1667);

6 — Carlowitz;

7 — Nystadt (1721), entre a Rússia e a Suécia (a Rússia entra para a Família das Nações).

Depois de 1721, ha grande progresso no Direito Internacional, principalmente em matéria de visita, bloqueio e liberdade dos mares. A *doutrina do equilibrio europeu* é solenemente proclamada (Paz de Utrecht)

1721-1789 — Distingue-se pela rivalidade entre a Austria e a Prússia. Paz de AIX-LA-CHAPELLE (1748). Paz de Hubertsburgo. Paz de Versailles (1783), partilha da Polônia (1772, 1793 e 1795). A Prússia torna-se grande potência. E' geral nessa época a influência de MACHIAVEL. Primeira neutralidade armada (152). A América do Norte torna-se grande potência, e entra para a Família das Nações, onde representa papel salientissimo.

1789-1815 — O período da revolução francesa e das guerras napoleônicas foi de desrespeito constante ás regras do Direito das Gentes.

O povo francês, oprimido pelos seus senhores, tinha chegado ao desespero. O luxo nababesco da Côrte (153), a imoralidade administrativa, a venalidade dos cargos, reduziam o povo á escravidão. Os camponezes tinham chegado ao extremo da pobreza. Esse estado de penúria popular vinha já dos tempos de Luiz XIV (154), cuja morte causou desusada alegria no povo (Saint Simon).

O *regime do bel prazer* do rei, no tempo de LUIZ XV, política feita de egoismo e estupidez, levou D'ARGENSON a declarar que a *côrte era o tûmulo da nação* (155), e reduziu o povo á fome e á desesperança. As coisas culminaram no tempo de LUIZ XVI, o rei perjuro, fujão e desrespeitador das leis. O canção do absolutismo despertou o *espírito crítico*. VAUBAN *ataca* a desigualdade em matéria de impostos; LOCKE proclama a soberania do povo.

(152) AXEL MÖLLER, p. 17; — SCOTT — *The Armed Neutralities of 1789 and 1800* (Washington, 1918).

(153) MALET, *L'Époque Contemporaine*, p. 5 — Os reis da França fazem-nos lembrar os que, segundo os Santos Padres, Deus envia para castigo dos povos (Bernardes, os ultimos fins do homem, MDCCXVIII, pag. 250-1). Não atino contudo com os pecados do infeliz povo francês...

(154) "Peu d'hommes ont fait plus de mal à la France que Louis XIV (Nitti, *Dém.* I, p. 91). A lenda, como explica NITTI, muitas vezes endeusa reis como David e Salomão (*Dém.*, I, p. 90) e cria heroes como Arminião (Id. p. 91).

(155) MALLET, cit. pag. 380, *Les Temps modernes*.

Os economistas e os filósofos continuaram a demolição do regime. De um lado, QUESNAY; de outro, MOSTESQUIEU e VOLTAIRE. Vem a Encyclopedia. e VOLTAIRE, descortinando o panorama de seu tempo, exclama: "Tout ce que je vois, jette les semences d'une révolution qui arrivera immanquablement". Causas análogas produziram a revolução russa (156). Já é tempo de reabilitar os *revolucionários franceses*, e principalmente MARAT.

Feita a revolução, a França luta 10 anos contra toda a Europa (abril 1792 — março 1802).

A Const. de 1791 interdizia a *guerra de conquista*, e a Convenção resolveu, em 1792, fazer uma proclamação dos direitos das nações. Contudo, atacada por todos os lados, reagiu. As causas das guerras da revolução foram :

1 — A Prússia e a Austria, aliadas a Luiz XVI, pretendiam ficar com a *Flandres* e a *Alsácia*;

2 — Temor de que as idéias revolucionárias se espalhassem pela Europa;

3 — Desejo dos revolucionários de espalharem os princípios da revolução. Em suas lutas, finalmente, a França seguiu a política exterior da monarquia, isto é, a dos limites naturais (157).

Finalmente a revolução cái nas mãos de NAPOLEÃO I. As origens das guerras napoleônicas foram :

1 — Desejo por parte dos outros Estados de arrancar as conquistas da França, engrandecida até o Rheno;

2 — Atacar e abafar os princípios revolucionários, restabelecendo a realeza. Napoleão era homem de poucos escrúpulos. Criava e suprimia Estados, violando os princípios do Direito Internacional (158). É uma época de desrespeito ao Direito das Gentes.

Em 1793, a Inglaterra e a Rússia interditarão os portos franceses, desejando vencer a França pela fome.

Em 1800 (dec. Berlim), Napoleão proclama o *bloqueio continental*. A Inglaterra responde com o bloqueio dos portos franceses.

As *práticas bélicas* eram bem cruéis. Napoleão abandonava seus soldados doentes e feridos, exceto na Campanha da Rússia. Contudo *Percy* socorria já em 1791 os feridos, e Larrey introduz os *ambulatórios volantes*.

(156) PRINCESSE DOLGOROUKY, *La Russie avant la Débâcle*.

(157) *Foreign Affairs* — 1 — 1930.

(158) NITTI, *Dém.*, 1, p. 153.

As consequências das guerras napoleônicas foram tristes para a França; aumentaram as doenças e epidemias (de tifo em 1813) e a própria estatura do povo francês diminuiu, como demonstram as estatísticas (159).

CONGRESSO DE
VIENNA (1814
E 1815)

O Congresso de Vienna quis reorganizar a Europa, e discutiu também questões internacionais.

1815-1856 — Começa este período com a SANTA ALIANÇA (160) formada em 30 de Setembro de 1815, por iniciativa de Alexandre I da Rússia, logo depois da conclusão do Congresso de Vienna.

Era a SANTA ALIANÇA organizada para a defesa dos princípios dinásticos e da legitimidade.

Constituída entre soberanos, não era uma aliança entre Estados. O Papa e o Sultão não tomaram parte nela, bem como o rei da Inglaterra, pessoalmente.

A Grécia e a Bélgica. Napoleão III adota o princípio das nacionalidades e torna-se Imperador da França. Guerra da Criméa, terminada em 30 de março de 1856 pelo tratado de Paris. A *Turquia* entra então para o *Concerto Europeu*. Declaração de Paris (16 de abril de 1856) (161).

1856-1874 — O princípio das nacionalidades continua triunfante. Unifica-se a Alemanha. A Austria torna-se monarquia dual, e ha a unificação da Itália (V. Marcel Moye). Estados Unidos. Leis de Guerra (1863). Convenção de Genebra (1864). Declaração de S. Petersburgo (1868). Conferência de Londres (1871). Conferência de Bruxelas (1874).

1874-1899 — Princípio das nacionalidades triunfante. (162).

1874-1899 — Em 1879, guerra do Chile vs. Perú-Bolívia (Cruchaga I, 25). Em 1894 entre a China e o Japão, terminada pela paz de *Simonoseki*. Guerra dos Estados Unidos com a Espanha (1898). Independência de Cuba (Tratado de Paz de Paris, 1898). Imperialismo americano (163). Conferência de Berlim sobre o Congo 1884-1885. *Conferência de Haya de 1899* (164), para a qual o Brasil foi

(159) TCHURILOFF, *For Affairs*; KRAEHBEL, *Nat and War*.

(160) P. CRESSON, *The Holly Alliance*.

(161) OPPENHEIM, I, § 47; AXEL MÖLLER, pag. 22.

(162) OPPENHEIM, I, § 48.

(163) ARRUDA, *Rev. Fac. Dir.*, vol. XXIII, p. 180 e segts.; ACCIOLI.

(164) OPPENHEIM, I, § 49; AXEL MÖLLER, p. 25.

convidado tendo deixado de comparecer. Tal abstenção tem sido acremente criticada, censurando-se a resolução do sr. OLINTHO DE MAGALHÃES, o Ministro que a tomou, defendido contudo pelo Ministro RODRIGO OCTAVIO (A Renovação do Direito Internacional — 1928).

1899-1914 — Guerra sul-africana. Intervenção na China. Guerra russo-japonesa, terminada pela paz de Portsmouth (1905). Rivalidades entre a França e Alemanha em Marrocos. — Guerra italo-turca (1911). Intervenção americana no México (1914). Segunda Conferência de Haya (1907) (165). Conferência Naval de Londres (166). Arbitramento (167).

1914-1918 — Em consequência do assassinato do arquiduque austríaco Francisco Fernando, em Serajevo (28 de junho de 1914) rompe a grande guerra (168).

Em 28 de julho de 1914, a Austria declara guerra á Sérvia. Em 4 de agosto, a Alemanha viola o território belga, e a Inglaterra declara guerra á Alemanha.

Em 30 de outubro de 1914, a Turquia une-se á Austria e á Alemanha, e faz a Bulgária o mesmo em 11 de outubro de 1915.

Combatem 26 aliados contra a Alemanha. Os principais são: GRÃ BRETANHA, FRANÇA, RÚSSIA, BÉLGICA, SÉRVIA, e mais tarde, os ESTADOS UNIDOS e a ITÁLIA.

A Alemanha começa a guerra, violando o território da Bélgica, atacando de frente todos os princípios do Direito das Gentes, universalmente aceitos. Esperavam os alemães que a História justificasse esses desrespeitos do Direito Internacional. Mas não! A humanidade se convenceria mais uma vez da lição da História do Direito das Gentes: — todo o povo que violar os princípios do Direito Internacional será fatalmente vencido, esmagado, obrigado a submeter-se á vontade dos Estados membros da Família das Nações, aos princípios do Direito das Gentes, á Moral Internacional (169).

Em 1915, a Alemanha começa a guerra submarina. Em 7 de Maio de 1915, dá-se o torpedeamento do “LUSITÂNIA”, um dos crimes mais nefandos da História (Vide “Conferências patrióticas”, “Revista da Faculdade”, 1920).

(165) AXEL MÖLLER, pg. 26.

(166) AXEL MÖLLER, pg. 28.

(167) OPPENHEIM, I, § 50.

(168) SCOTT — *Diplomatic Documents Relating to the outbreak of the European War* (Washington, 1916).

(169) Toda a violação do Direito Int. é fatal ao Estado que a pratica (FUNK BRENTANO e SOREL. *Precis* — 1900, pag. 7 — V. T. R. ROXBURGH. *Rev. Am. Der. Int.* 1920 — *La Sanción del Der. Int.*). E' tambem a lição de AXEL MÖLLER, p. 57.

Em 1916 e 1917, toma vulto, e torna-se cada vez mais cruel a guerra submarina. A Alemanha procura espalhar o terror sobre a terra (Vide Conferências, “O crime e a loucura da Alemanha”, “Revista da Faculdade”, 1920).

Em 3 de fevereiro, rompe a América do Norte as relações com a Alemanha. Em 6 de abril, declara-lhe guerra.

Em março de 1917, a revolução russa impressiona os espíritos, e finalmente, o governo bolchevique assina o Tratado de Brest Litowsk.

Em 1918, faz a Alemanha o supremo esforço, e em outubro principiam as negociações para a paz, que tem como resultado o armistício de 11 de novembro.

Já haviam abandonado a luta os seus aliados: a Bulgária, (armistício de 29 de setembro de 1918), a Turquia (30 de outubro) e a Austria (3 de novembro).

Estava assim terminada a Grande Guerra. Começa então a nova época, iniciada em 1918 (170).

1 9 1 8	
1 — ACCIOLI, § 92.	
2 — AXEL MÖLLER, p. 29 e segs.	

A conferência da paz abre-se em 18 de janeiro de 1919. Em maio, o Tratado de Paz com a Alemanha é apresentado aos seus plenipotenciários. Depois de algumas modificações, é assinado em

Versailles (28 de junho de 1919). O Tratado de Paz com a Austria é assinado em Saint Germain (10 de setembro de 1919).

As consequências desses tratados são bem conhecidas, e serão estudadas por nós, pormenorizadamente, mais tarde. A grande guerra foi a primeira luta em que interveiu toda a humanidade. Houve quiçá uma unificação do mundo, e hoje todos os problemas técnicos e econômicos assumem um caracter cosmopolita. Com essa unificação planetária iniciou-se um processo de nivelamento. As raças se mesclam, as culturas históricas desprendem-se de suas raízes para cair no mundo técnico econômico e num intelectualismo vazio. O que hoje se generaliza é o superficial, o nulo, o indiferente. Domina a massa. Será um mal? Será um bem?

Ultimamente, três acontecimentos notáveis são de assinalar: Pacto Briand-Kellog (27 de agosto de 1928); o Tratado de Latrão (11 de fevereiro de 1929); e o Projeto de criação dos Estados Uni-

(170) HANOTAUX, *Histoire illustré de la Guerre de 1914*; GARNER, *International Law and the World War*, 1920; SHOTWELL, *Economic and Social History of the World War*, 1921.

dos da Europa, sugerido por Briand, do que nos ocuparemos oportunamente.

LIÇÕES DE HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Temos estudado assim, resumidamente, a História do Direito Internacional através dos tempos, desde a antiguidade até hoje. De nada serviria contudo o estudo dessa História, se dela não

tirássemos algumas lições para o futuro.

OPPENHEIM, o saudoso professor da Universidade de Cambridge, tira da História do Direito Internacional sete lições:

- 1 — A primeira e principal lição é que só é possível a existência de um Direito Internacional existindo o equilíbrio, uma balança de poderes, entre os membros da Família das Nações. Se as potências não se puderem contrabalançar, uma servindo de freio e contrapêso á outra, as normas jurídicas não terão nenhuma força, porque o Estado muito poderoso naturalmente procurará agir discricionariamente e desobedecer ao Direito. Como não existe e nunca poderá existir uma autoridade política central sobre os Estados soberanos, para sancionar as regras do Direito Internacional, só um equilíbrio de poderes pôde impedir um membro da Família das Nações de se tornar onipotente.

A história dos tempos de Luiz XIV e Napoleão I mostra claramente a verdade desses princípios. E ela é particularmente importante em tempo de guerra. Quando pequenos Estados, ou algumas grandes potências estão em guerra, ha o temor dos beligerantes de que Estados neutros intervenham, e possam evitar a violação de regras fundamentais do Direito Internacional relativas ao modo de guerrear e ás relações entre beligerantes e neutros. Mas quando, como durante a Grande Guerra, as grandes potências estão divididas em dois campos que se hostilizam, e os Estados neutros constituem insignificantes forças, não podem restringir a liberdade de ação dos beligerantes, nem compellí-los a conduzir a guerra dentro dos limites do Direito Internacional.

A existência de uma Liga das Nações não significa a desnecessidade de um equilíbrio de poderes, porque um Estado onipotente poderá desrespeitá-la.

Esta é a primeira lição da história do Direito Internacional extraída por OPPENHEIM.

Escritores de grande autoridade são contrários a essa doutrina da balança de poderes, como por exemplo BULMERING.

H. G. WELLS (Faillite de la Démocratie pag. 57) combate o internacionalismo, e se confessa adepto do *cosmopolitismo*. Diz ele que um Estado soberano é uma porção

da humanidade que se opõe ao resto dela (pag. 224). Examinaremos mais tarde os ideais de WELLS e de RALSTON (*Droit International de la Démocratie*).

Nada podemos profetizar sobre a transformação futura do Direito Internacional. Já disse BRYCE que a História nos ensina que os movimentos intelectuais e sentimentais não podem ser previstos. Estudamos, portanto, o que é o Direito Internacional, o que existe na realidade, criticamos o que nos parece não corresponder às necessidades sociais, e procuramos concorrer para o progresso da humanidade, isto é, para a felicidade harmônica de todos os membros da Família Humana.

- 2 — A segunda lição extraída por OPPENHEIM da história do Direito Internacional é que este só poderá progredir quando a Política Internacional, especialmente a intervenção, tiver por base o interesse real dos Estados.

As guerras dinásticas pertencem ao passado, bem como as intervenções a favor da legitimidade. Não é de temer, nem de desejar que ainda ocorram no futuro. Mas, se ocorrerem, impedirão o desenvolvimento do Direito das Gentes, no futuro, como o fizeram no passado.

- 3 — O progresso do Direito Internacional está intimamente ligado á vitória do Direito Constitucional, sobre o Direito autocrático, ou, o que é a mesma coisa, á vitória da *Democracia* sobre a *Autocracia*. O Governo autocrático, não sendo o responsável perante a nação que domina, tem uma tendência em basear a política externa do Estado, como a política interna, na força bruta e na intriga; ao passo que o *Governo Constitucional* baseia, em regra, a política externa e interna, em última análise, no *consentimento dos governados*.

E, conquanto não seja certo que a *democracia* sempre e em toda a parte defendesse a Justiça e o Direito em matéria internacional, o que é indisputável é que sempre excluiu a política pessoal de engrandecimento e de expansão territorial insaciável, o que no passado foi a causa de numerosas guerras.

- 4 — A quarta lição é que o princípio da nacionalidade é de tal força que é infrutífero tentar impedir a sua vitória.

Quando uma comunhão de alguns milhões de indivíduos ligados pelo mesmo sangue, mesma língua e mesmos interesses, torna-se tão poderosa que se acha necessário formar um Estado próprio, no qual possa viver de acôrdo com os seus ideais, e construir uma civilização nacional, conseguirá, certamente, formar um Estado, cedo ou tarde.

O que a política internacional pôde e deve fazer é firmar a regra de que as minorias de indivíduos de outra raça não deverão ficar fóra da lei, mas devem ser tratadas em condição de igualdade com a maioria.

Estados compreendendo a população de várias nacionalidades podem existir e existiram sempre, como ha vários exemplos.

- 5 — A quinta lição é que todo progresso no desenvolvimento do Direito Internacional só é possível em tempo oportuno. Conquanto possa desejar — que a guerra desapareça inteiramente, é impossível ver-se este ideal realizado — em nossa época.

A necessidade primordial da *paz perpétua* é que a superfície do globo esteja dividida entre Estados do mesmo gráu de civilização, e que as idéias morais das classes governantes em todos os Estados do mundo sofram tamanha alteração e desenvolvimento progressivo, que criem a convicção de que as decisões arbitrais e as das Côrtes de Justiça são os únicos meios adequados para a solução dos conflitos internacionais.

A paz perpétua é um ideal, e na significação própria de ideal envolve a convicção de impossibilidade de sua realização no presente, conquanto seja um dever trabalhar constantemente por esse *desideratum*.

A Corte Permanente de Arbitramento de Haya, estabelecida pela Conferência de Paz de 1899, é uma instituição que nos pôde levar perto da realização deste escopo. E a codificação de parte do Direito Internacional seguindo a codificação de regras tratando da guerra terrestre, virão em tempo oportuno, e serão a base de um intercurso internacional mais firme e mais eficiente do que nos tempos anteriores.

- 6 — A sexta lição é que o progresso do Direito Internacional depende precipuamente da prevalência da Escola Jurídica sobre a *Escola Diplomática* do Direito Internacional.

A escola jurídica deseja que o Direito Internacional se desenvolva, mais ou menos, nas linhas do Direito Interno dos Estados. Deseja a codificação de regras firmes, decisivas e inequívocas de Direito das Gentes, e pugna pelo estabelecimento de Tribunais Internacionais para a administração da Justiça Internacional.

A Escola Diplomática, de outro lado, considera o Direito Internacional como sendo, e prefere que continue a ser, um corpo de princípios elásticos, em vez de se tornar um conjunto de regras precisas.

A Escola Diplomática se opõe ao estabelecimento de Tribunais Internacionais, porque considera a solução diplomática das questões internacionais, ou ainda o arbitramento, preferíveis á administração de Justiça por Tribunais Internacionais compostos de Juizes efetivos e permanentemente designados. Não ha contudo dúvida alguma sobre a urgência da criação de Tribunais Internacionais, e não se pode discutir que as regras do Direito das Gentes exigem agora uma interpretação autorizada, e

devem ser administradas de uma forma que só é possível por intermédio das Côrtes Internacionais de Justiça (171).

- 7 — A sétima e última lição é que o progresso do Direito Internacional depende, acima de tudo, do gráu da moralidade pública, de um lado, e de outro, dos interesses econômicos. Quanto mais alto for o *standard* da moralidade pública, tanto mais progredirá o Direito Internacional. E, quanto mais importante for o desenvolvimento dos interesses econômicos, tanto mais se desenvolverá.

Encarado de um certo ponto de vista, o Direito Internacional é, como o Direito Interno, um produto da Moral e de fatores econômicos, e, ao mesmo tempo, a base para um desenvolvimento favorável da Moral e dos interesses econômicos (ver “Revista da Faculdade”, “O interesse economico”, vol. XXI).

Sendo isto um fato indisputavel, podemos afirmar, sem medo de êrro, que um progresso incomensuravel está reservado ao Direito Internacional, pois tem fatores econômicos e morais eternos, trabalhando indefessamente a seu favor.

PESSOAS INTERNACIONAIS
FONTES

- 1 — LAFAYETTE, § 27.
2 — OLIVI, p. 55 e segs. (§ 10).
3 — MANFREDI SIOTO PINTOR — COURTS, 41.
4 — OPPENHEIM, I, 125.
5 — ACCIOLI, § 106 e segs., p. 69.
6 — VERDROSS — COURTS — 30, p. 321.

Direito Internacional, como já vimos, é o corpo de regras consuetudinárias e convencionais, que, por consentimento comum, são consideradas legalmente obrigatórias pelos Estados civilizados em suas relações recíprocas (172).

Se o Direito Internacional se funda no consentimento comum dos Estados civilizados, esses é que são pessoas internacionais, como ensina OPPENHEIM.

Somente são pessoas de Direito Internacional os Estados soberanos, os únicos sujeitos de Direito das Gentes (DAVIS, 29 — OPPENHEIM, I, p. 125) (173).

Mas se todos os autores reconhecem que o Estado é a pessoa internacional por excelência (EPITÁCIO, Cod., art. 2.º — Hall, Int. Law, pg. 17 — BONFILS, pag. 77 — ACCIOLI, § 108), contudo discutem se é a única pessoa internacional.

(171) *Contra*: BATY, *The Canons*, § 7.º.

(172) OPPENHEIM, *Int. Law*, I, pag. 3; HALL, *Int. Law*, pag. 1; DAVIS, pag. 1.

(173) Da posição internacional da Soc. das Nações nos ocuparemos mais tarde.

Alguns positivistas mitigam este exclusivismo de afirmação: por exemplo, DIENA. Realmente, se só os Estados são pessoas internacionais, existem, todavia *entes coletivos* que oferecem certas afinidades com o Estado (domínios, insurgentes, etc.).

O indivíduo fica sempre excluído (174).

Estas são afirmações de BURQUIN (Cours, XXV, p. 41). DIENA diz que os Estados são, e continuam sendo os verdadeiros formadores do Direito Internacional, conquanto se ha já reconhecido e constatado que sujeitos de tal direito possam ser, além do Estado, outros entes.

Não se póde, contudo, asseverar de modo absoluto, que, na formação de novas normas do Direito Internacional, possam concorrer também aqueles sujeitos de tal Direito que hajam surgido sem ter o caracter de Estado.

Diz DIENA que, se até hoje só os Estados eram considerados pessoas de Direito Internacional, seria um grave êrro excluir a possibilidade de que, em diversas condições históricas, também outros entes, além do Estado, possam reputar-se sujeitos desse direito. Afirma ainda o notavel jurista italiano que, seja por tradição ou porque os principais sujeitos do Direito Internacional são sempre os Estados, as relações entre estes é que constituíram a matéria de que se occuparia em sua obra.

Ora, ninguem nega a possibilidade de que, em condições históricas diversas, outros entes se tornem pessoas de Direito Internacional. O que se afirma é que, atualmente, só os Estados soberanos é que são pessoas de Direito das Gentes.

<p>OS SOBERANOS E AGENTES DIPLO- MÁTICOS</p>
--

HEFFTER (§ 48 e segts.) sustenta , que os soberanos e agentes diplomáticos são pessoas de Direito Internacional. Contra HEFFTER estão OPPENHEIM (Vol. I, pg. 126, etc.), DESPAGNET (87) e outros.

Ao estudarmos mais tarde a posição dos chefes de Estados, mostraremos que eles são apenas representantes de suas pátrias. Outros ainda dão ao individuo o caracter de pessoas internacionais. Para nós, nem os *soberanos e agentes diplomáticos*, nem os *indivi-*

(174) Alguns, contudo, sustentam que o homem é o único destinatário das normas constitutivas do Direito das Gentes, a única pessoa de direito internacional (A. DE LAPRADELLE, princ. lição II, pag. 20). Em que pese a opinião de ACCIOLI e outros, não aceitamos a personalidade internacional do homem.

duos, nem as *corporações*, nem os povos nômades ou depois da perda do território, são pessoas de Direito Internacional.

As *nações* e as *minorias étnicas* são protegidas pela Sociedade das Nações, mas em virtude de um Direito próprio de proteção. Sómente os Estados são pessoas de Direito Internacional.

**OS CHEFES DE
RELIGIÕES**

LORD PHILLIMORE, filho ilustre do eminente SIR ROBERT PHILLIMORE, sustenta, em curso na Academia de Direito Internacional de Haya, que os Estados não são as únicas pessoas de Direito Internacional, e acrescenta: “Existem, com efeito, instituições, poderes de um outro gênero, os grandes chefes das Igrejas ou das religiões organizadas, como Sua Santidade o Papa, Sua Beatitude o Patriarca de Constantinopla, e, para os Maometanos, o Khalifa. Os governos que têm entre os seus súditos um grande número de católicos romanos, cristãos, ortodoxos ou maometanos, devem entrar em relação com o poder religioso”.

Refere-se ainda LORD PHILLIMORE ás companhias ou associações, para exploração de países não europeus, e que, conquanto submetidas ao soberano do país, ao qual deviam sua incorporação, procediam para com outros como Estados semi-soberanos.

**PESSOAS APAREN-
TES DE DIREITO
INTERNACIONAL**

Ao lado dos Estados soberanos que são as *pessoas reais* de Direito Internacional, existem as Confederações e os insurgentes que poderemos considerar pessoas aparentes de Direito das Gentes (175)

**ESTADOS SEMI-
SOBERANOS**

Os Estados semi-soberanos não podem ser sujeitos perfeitos e normais de Direito Internacional (OPPENHEIM, Int. Law, 1.º, § 65, p. 127). Mas não podemos deixar de reconhecer-lhes, ao menos parcialmente, a qualidade de membros da Família das Nações.

Se nós observarmos atentamente o que se passa na realidade, veremos que eles gozam de certos direitos, e exercem certas obrigações das pessoas internacionais.

Enviam e recebem agentes diplomáticos, ao menos cônsules; celebram tratados, principalmente comerciais; os seus monarcas

(175) OPPENHEIM, I, § 63.

possuem privilégios que, de acôrdo com o Direito Internacional e as leis internas dos Estados, devem ser concedidos aos monarcas estrangeiros.

Basta isso para provar que os Estados semi-soberanos são, de certo modo, pessoas internacionais. Essa *soberania é imperfeita*, é anômala, mas também ha a existência de Estados sem plena soberania: é outra anormalidade (176). A História ensina que os Estados semi-soberanos não têm grande duração, porque, ou se tornam independentes, ou desaparecem completamente, transformando-se em simples província de outros Estados.

Os Estados semi-soberanos (diz OPPENHEIM) constituem tal anormalidade, que se não pôde dar uma regra fixa (*hard-and-fast general rule*) sobre eles, e ácerca de sua posição na Família das Nações, porque tudo depende do caso especial.

Pôde-se dizer unicamente que são mais ou menos dominados pelos Estados de que dependem. O seu caracter, contudo, de pessoas internacionais, aparece claramente quando são comparados com os *Estados coloniais*, que não têm nenhuma posição internacional.

Para o Direito Internacional, os *Estados coloniais* nada mais são do que partes da metrópole, conquanto gozem mesmo de perfeito *self government*, podendo ser chamados, de certo modo, Estados.

O fator decisivo é que o seu governador é pago pela metrópole e o seu parlamento pôde ser abolido e o da metrópole legislar diretamente para a sua colônia.

Esta distinção de Estados soberanos e semi-soberanos repousa na *divisibilidade da soberania*.

**OS ESTADOS E OS
SEUS CARACTE-
RÍSTICOS**

ACCIOI — p. 77.

O Estado pôde ser definido, para os fins do Direito Internacional, como sendo “reunião permanente de individuos que habitam em um território determinado, e obedecem ao mesmo govêrno, incumbido da administração da Justiça e da manutenção da ordem” (177).

(176) BATY — *The Canons*, § 2.º.

(177) EPITÁCIO PESSOA, *Cod. de Direito Internacional Público*, art. 1.º; — OPPENHEIM, *Int. Law*, 1.º; § 64; DAVIS, pag. 31; CRUCHAGA, 69; MEREGNHAG, 1.º 115; DESPAGNET, 88; POMEROY, §§ 47/56; WOOLSEY, § 36; BLUNTSCHLI, §§ 17/27; MARTENS, 16; WILDMAN, pag. 36; PHILLIMORE, §§ 63/65; CREASY, 93/99 e 112/118; BONFILS-FAUCHILLE, I, § 160, pag. 223; BEVILAQUA, 7.º, pag. 37; ACCIOI, § 119.

São elementos característicos do Estado:

- 1 — Povo, agregado de indivíduos que podem pertencer a raças diferentes, religiões diversas, etc.;
- 2 — Território, extensão do globo sobre que se fixou o povo, podendo ser grande ou pequena;
- 3 — Governo, uma ou mais pessoas representantes do povo, fazendo e aplicando leis, pois as comunhões anárquicas não constituem Estado;
- 4 — Governo soberano ou supremo poder dentro da comunhão social e independência exterior.

São estes, para nós, os elementos característicos do Estado (178).

O POVO é o conjunto de indivíduos e famílias de que se compõe a nação (“*Nam populus vel notat totam civitatem, vel multitudinem subditorum*” — PUFENDORF, 7, 2, § 14). Às vezes, é usado como *sinónimo* de nação. Conquanto *Estado* não seja rigorosamente sinónimo de nação, em Direito Internacional como tal é empregado (LAFAYETTE, § 27; BONFILS-FAUCHILLE, I, § 160, nota 2; BATY, *The Can. of Int. Law*, § 1.º). HEINECIO (*Elementa*, J. N. et G., L. 2. § 108, nota a), seguido por HALL (§ 1º) sustenta que póde a nação subsistir sem *território*, o que não podemos aceitar (LAFAYETTE, § 27, nota 2). Para nós, o território é um dos elementos essenciais do Estado. Além de HEINECIO e HALL, numerosos outros escritores discordam de nossa afirmação. Entre eles, E. CIMBALI e A. LORIA (*Lo Stato secondo il diritto int. universale*, Roma, 1891, p. 131, e *Les Bases Économiques*, p. 133). De idéntica opinião são DORADO MONTEIRO (nota — A. GUMPOVICZ) e o célebre internacionalista VERDROSS (*Cours*, XXX, p. 334). Que existe Estado sem território é também opinião de KARL WOLFF (*Cours* — Haya — 36), o qual sustenta pontos de vista muito originaes em matéria internacional, afirmando mesmo que os bandos de salteadores podem formar Estado (p. 495).

A nosso favor BATY (*The Canons*, § 30) e AXEL MÖLLER (I, p. 73). Sobre as relações entre Estado e território, são interessantes as páginas escritas por SCHAFFLE (*Struttura del Corpo Sociale*, trad. italiana na “*Racolta delle più pregiate Opere moderne it. e straniere di ec. pol. diretta dal prof. G. BOCCARDO*”, 1884).

Sobre território vejam-se: ROMANO, CORSO, pag. 13; ANZILOTTI, CORSO, 159; DONATI DONATO, *Stato e Territorio* (*Riv. Dir. Inter-* 1914, p. 319 — magnífico).

(178) Enquanto permanece a associação humana com esses elementos, pelo princípio da continuidade do Estado, continúa ele idéntico a si mesmo (identidade do Estado).

A *soberania*, conforme ensina NIPPOLD, um dos mais célebres internacionalistas do mundo, no curso professado, em 1924, na Academia de Direito Internacional de Haya, não representa efetivamente em Direito Internacional senão a afirmação nas relações internacionais da personalidade livre do Estado, o reconhecimento do Estado como pessoa de Direito Internacional (179). Nada tem que ver com o Direito ou o princípio especial, mas simplesmente com o Estado enquanto pessoa.

A SOBERANIA É LIMITADA E DIVISÍVEL

A soberania é evidentemente limitada pelos direitos individuais, que repousam na consciência popular, desenvolvem-se historicamente pela conveniência, pela utilidade, pelo consentimento comum dos membros da comunhão social.

Isto na esfera do Direito Interno dos Estados. Na internacional, a soberania de um Estado é claramente limitada pela dos outros, como na esfera individual a capacidade de um indivíduo é limitada pela dos outros.

Nunca houve matéria tão discutida como a da soberania. Diz com felicidade OPPENHEIM “It is an indisputable fact that this conception, from the moment when it was introduced into political science until the present day, never had a meaning which was universally agreed upon”.

Este termo variou muito através dos tempos em suas acepções. MERRIAM, “History of Sovereignty, since Rousseau”, resumido por OPPENHEIM (I, 67, pag. 129), dá o conceito da soberania em diferentes épocas. Não discutiremos a teoria da divisibilidade, ou indivisibilidade da soberania. O termo *soberania* foi introduzido por BODIN, que sustentava a sua ilimitabilidade. Contudo, mesmo BODIN reconhecia que ela é limitada por Deus e pelo Direito da Natureza (De Rep.) Além de BODIN foi HOBBS (De Cive), para quem a soberania é onipotência. Para PUDENDORF já a soberania pôde ser constitucionalmente limitada (De Jure Naturæ et Gentium, VII, cap. 6, §§ 1-18)

O exemplo dos numerosos Estados plenamente e de outros só em parte soberanos do Império Germânico é que levou os escritores ao reconhecimento da *divisibilidade* da soberania. São os fatos impondo-se ás doutrinas de gabinete. O segundo exemplo foi o da Federação americana. Contudo ROUSSEAU ainda continúa a susten-

(179) V. T. BATY — *The Canons*, §§ 4 e 5; e BUTLER and MACCOBY — *Dev.* pag. 7.

tar a indivisibilidade da soberania no seu *Contrat Social* (1762). A concepção de ROUSSEAU é a de HOBBS, contudo para ele a soberania é *do povo* que não a póde alienar. Daí a doutrina da soberania, *ilimitada, indivisivel e inalienavel*. No século XIX, aparece na prática mais claramente a divisibilidade da soberania com o exemplo suíço (Constituição Suíça, art. 1.º), o germânico, etc. A doutrina da soberania concorrente da união e dos Estados foi definida no *Federalist*, na America do Norte, e na Alemanha por WAITZ. Não atacaremos nem defenderemos WAITZ ou CALHOUN, não citaremos o Federalista, de HAMILTON, MADISON e JAY, apenas abservaremos os fatos. Lógicos, ou não, e racionais, ou não, vejamos os fatos.

Os fatos não são feitos pelas teorias, mas éstas é que nascem dos fatos. Os fatos não devem submeter-se ás teorias, mas éstas é que devem se submeter aos fatos. Com OPPENHEIM, observaremos o que se passa na realidade.

Como vimos, ha povos semi-soberanos, que constituem verdadeiros Estados (180): logo a soberania é divisivel. A soberania é uma liberdade relativa, isto é, dentro dos quadros do Direito das Gentes. É portanto soberana, não uma organização investida de um poder absoluto, mas aquela que não conhece como superior senão o próprio Direito Internacional (181).

Esta minha opinião ainda é fortificada pela *Liga das Nações*, que vem provar, mais uma vez, que a soberania é divisivel e limitada. Foi o que levou grandes jurisconsultos a dizerem que a *Liga das Nações exigia um novo conceito de soberania* (182)

DIENA (183) diz: “Alguns negaram que a soberania seja um elemento essencial para a existência do Estado, observando, entre outras coisas, que podem existir Estados, membros de Estado Federal, sem que os primeiros possuam uma soberania verdadeira e própria, pois que estão subordinados ao ente coletivo”.

Baseia-se tal opinião na doutrina de que a soberania não póde ser senão absoluta e completa, pois de outra maneira não existe. Mas essa doutrina encontra-se em contradição com os fatos dos quais resulta repetida e multiplicadamente que póde existir uma soberania dividida entre varios Estados ou uma soberania limitada, em concreto, uma soberania só nas relações internas, e não nas relações internacionais.

(180) AXEL MÖLLER, I, p. 74.

(181) VERDROSS, *Cours*, 30, p. 332; BATY, *The Canons*, § 5.º

(182) PEDRO LESSA, *Revista Jurídica*, n. II, p. 386; RODRIGO OCTAVIO, *A Renovação do D. I.*, p. 27.

(183) *Derecho Internacional Público*, pag. 66, nota 3.

Eis porque pôde dizer-se que, tambem para o Estado membro de um Estado Federal, a soberania é condição de sua existência como Estado.

Hoje aceita-se que a onipotência do Estado é incompatível com a existência do Direito Internacional.

Compreendem atualmente os govêrnos, livres do antigo e falso princípio da soberania dos Estados, que implica a negação da sociedade internacional e de todo o Direito, que a melhor salvaguarda de sua soberania é a limitação desta (184). Reconhece-se na atualidade a existência e a necessidade de interdependência entre as nações: “Il n’y a plus à l’heure actuelle, dans le domaine économique et social, une seule question de quelque importance qui soit susceptible d’être réglée en dehors du plan international” (BOURQUIN, Cours, 35, 25) (185).

As *nações independentes* são *interdependentes*, e é necessário, portanto, para resolver as contradições do mundo moderno, que o nacional se integre no internacional. E’ indispensavel limitar a soberania. Podemos, hoje, em Direito Internacional, caracterizar a soberania unicamente como a *independência limitada do Estado* (186).

AS LIMITAÇÕES DA SOBERANÍA

POLITIS (87), em notavel curso feito na Academia de Direito Internacional de Haya (Cours, t. 6.º), sobre o problema das limitações da soberania,

mostra que, todas as vezes que um interesse real tem valor para a comunhão internacional, a liberdade dos Estados é imediatamente limitada proporcionalmente á importância que liga ao valor desse interesse.

Atualmente ninguem mais contesta a inconcetibilidade da soberania ilimitada dos Estados. Soberania e independência, termos equipolentes, em doutrina (SÉFÉRIADÈS, LAPRADELLE, POLITIS, etc.) e na prática diplomática, não existem sem limitações na nossa época

(184) DESCAMPS, Cours, 31, 493.

(185) “... the Nations have become so interdependent that what happens in one or world countries effects the others” (NORMAN DAVIS..For. Aff., vol. 12 n. 2 — Special Supplement).

(186) A. CAVAGLIERI, Cours, v. 26, p. 322.

(187) N. S. POLITIS, nasceu em Corfú, na Grecia, em 1872, descendente de uma antiga família de sábios universitários e médicos das ilhas Jônicas. Publicou varios trabalhos de Direito Internacional, e é Vice-Presidente do Curatório da Academia de Direito Internacional de Haya, sendo considerado um dos maiores internacionalistas da atualidade.

em que a solidariedade dentro e fóra das fronteiras é o fato dominante e característico.

A soberania como poder supremo e incontrastavel que não conhece outra vontade humana superior á sua, considera-se hoje um dogma bolorento e inadmissivel (188).

Se o Estado é soberano, não se póde submeter a regras imperativas, é impossivel a existência entre Estados de um verdadeiro direito, daí a *inexistência* do Direito Internacional.

Desmoralizada a soberania no conceito tradicional, foi tratada em Direito Público como dogma inadmissivel (189).

Reconhece-se hoje que o velho dogma da soberania é incompativel com o Direito e existência de uma comunhão jurídica internacional (190); que é inconsistente, contraditório e sem sentido (KELSEN); que torna impossivel uma vida internacional; e leva á anarquia (RALSTON) (191).

Alguns chegam a propor a eliminação completa da linguagem jurídica dessa expressão, e afirmam que não se deve falar mais em soberania.

Salienta POLITIS que, em matéria de liberdade de comunicações e de trânsito, foi bastante limitada a soberania dos Estados. Á medida que os meios de transportes oferecem um interesse internacional, são subtraídos á liberdade dos Estados e submetidos a um controle coletivo. O isolamento comercial é interdito ao Estado, donde se conclue que a Sociedade Internacional não é uma sociedade voluntária, mas sim uma sociedade necessária.

Diz POLITIS que um país não tem o direito de se recusar ao comércio internacional. Ha um mínimo de relações, cada vez aumentadas pelo Direito, ás quais ele tem o dever, a obrigação jurídica de se prestar. Atualmente não se admite que um Estado modifique por suas leis os seus compromissos internacionais, e o próprio Poder Judiciário está limitado pelo princípio da responsabilidade internacional. Modernamente, considera-se obrigatório para os Estados tratar os estrangeiros de acôrdo com os princípios do Direito Internacional. Mesmo atos conformes ao Direito Interno applicaveis aos nacionais, se contrários ao Direito Internacional, têm como con-

(188) Acreditamos tanto no mito da soberania, na acepção clássica tradicional, como na realidade das reliquias que NUNO DE SANTA MARIA (nome do Santo Condestavel depois de religioso) douo e a que faz referência Frei Joseph Pereira de Sant'Anna, na sua Chronica das Carmelitas. (Lisbôa, MDCCXLV).

(189) DUGUIT, pag. 438.

(190) DAVID J. HILL, pag. 22; DUGUIT, pag. 438, 555 e 556.

(191) *Le Droit International de la Démocratie*, pag. 173.

seqüência a responsabilidade do Estado, e daí, como colorário, a responsabilidade do Estado, em razão dos danos sofridos pelo estrangeiro em operações bélicas, em motins ou guerras civis.

Nem mesmo em relação aos súditos tem o Estado liberdade absoluta de ação. O Direito Internacional protege as *minorias étnicas*.

Mas a maior de todas as limitações a soberania do Estado é o impedimento de fazer a guerra. Nas suas relações não têm os membros da Sociedade das Nações o direito ilimitado de guerra. E entre eles o recurso á força está proibido, ao menos em princípio.

Lembremos ainda o protocolo de Genebra (2 de outubro 1924), e o Pacto de Locarno: atividade constante para pôr a guerra fóra da lei.

Temos assim mostrado a necessidade e a evidência das limitações da soberania. Só é possível organização internacional com a limitação da liberdade de agir de seus membros, usando os Estados de sua liberdade, sob a égide do Direito.

Póde conceber-se perfeitamente o Estado nacional respeitado e independente da mesma forma por que os individuos são livres nas sociedades internas. As limitações das liberdades individuais são feitas tendo em vista as vantagens coletivas, e portanto os interesses dos próprios individuos.

As limitações da liberdade dos Estados têm que ser feitas no interesse da comunhão mundial, e portanto no interesse dos próprios Estados.

RECONHECIMENTO

- 1 — LAFAYETTE, § 3.º.
- 2 — OPPENHEIM, I, § 71, p. 134.
- 3 — VERDROSS, *Cours*, 30 pag. 325.
- 4 — ERICH, *Cours*, 13.
- 5 — SPIROPOULOS, D. I. pag. 130.
- 6 — ACCIOLI, pag. 128.
“...The granting of recognition is a matter of policy, and not of law” (Opp. I, § 73).

Reconhecimento é o ato pelo qual fica claro que um Estado antigo está disposto a tratar um outro como membro da Família das Nações (OPPENHEIM).

O reconhecimento pode ser expresso ou tácito.

DUAS DOUTRINAS

Existem duas doutrinas sobre o reconhecimento:

- 1 — Basta formar-se um Estado, desmembrando-se de uma pessoa internacional, por exemplo, para tornar-se outra pessoa internacional, isso independentemente de reconhecimento (HALL, GAREISS, KLUBER, CARNAZZA, AMARI): ape-

nas o Estado não poderá entrar em relações com os outros membros da Sociedade internacional que não o reconheceram;

- 2 — Um Estado torna-se pessoa internacional, única e exclusivamente pelo reconhecimento (OPPENHEIM, I, § 71, pag. 134).

LAFAYETTE é da primeira doutrina (§ 31), argumentando com o caso do reconhecimento tácito, o que ninguém contesta (nota 1 ao § 31).

Como dissemos, o reconhecimento é expresso quando se faz por declaração direta em tratados, ou em atos diplomáticos: tácito quando resulta de atos que virtualmente presuppõe a existência da pessoa internacional, como é a celebração do tratado, a enviatura e recebimento de agentes diplomáticos (192)

Modernamente tem grande importância a distinção entre *reconhecimento de facto e de jure* (193).

**NÃO É OBRIGATÓ-
RIO. PÓDE SER
CONDICIONAL**

O reconhecimento não é obrigatório e póde ser dado sob condições. O Congresso de Berlim reconheceu, em 1878, condicionalmente, a Bulgária, o Montenegro, a Sérvia e a Rumânia.

**RECONHECIMENTOS
PRECIPITADOS E
TARDIOS**

O momento em que deve ser feito o reconhecimento depende de cada caso especial. A nação que reconhece é a única competente para julgar da oportunidade de fazê-lo (194).

Ha reconhecimentos precipitados e outros tardios. O reconhecimento dos Estados Unidos pela França, em 1778, foi precipitado, mas si fosse feito em 1782, já não seria inoportuno, em vista de terem sido os Estados americanos reconhecidos já pela metrópole.

OBSERVAÇÃO

Não se deve confundir o reconhecimento do Estado, com outras espécies de reconhecimento: reconhecimento de governo, de títulos do Estado ou de insurgentes como beligerantes (195).

(192) LAFAYETTE, § 31; VERDROSS, *Cours*, 30 pag. 331.

(193) VERDROSS, *Cours* 30, pag. 331; veja-se tambem BARY, *The Canons*, pag. 203 e segts.

(194) LAFAYETTE, § 31; PHILIMORE, § 16; HALL, § 26.

(195) WESTLAKE — I, 50/57.

Destas, trataremos oportunamente (196). Observaremos, contudo, que a entrada para a Sociedade das Nações deve ser considerada como um reconhecimento coletivo (197)

MUDANÇA NA CONDIÇÃO DAS PESSOAS INTERNACIONAIS

- 1 — GRÓCIO II, Cap. 3.º, § 5 a 13.
- 2 — OPPENHEIM, I, § 76, p. 140.
- 3 — CALVO, I, § 81 a 100.

A existência das pessoas internacionais está sujeita a mudanças importantes e indiferentes.

Ha mudança nos cidadãos, no governo e no território, indiferentes e não afetando a existência da pessoa internacional.

MUDANÇAS NO TERRITÓRIO

As mudanças no território, pela continuidade do Estado, não afetam a sua personalidade internacional. A Prússia, pela Paz de *Tilsit* de 1807, perdeu a terça parte do seu território, e o reino da Saxônia, pelo Tratado de Vienna, perde a metade de seu território. Perde a Austria, em 1859, a Lombardia, e em 1866, Veneza.

Modernamente, a expansão da Sérvia, transformada no Estado Sérvio-Croata-Sloveno, depois da Grande Guerra, é um outro exemplo do que acabamos de afirmar.

Estas mudanças, conservada a continuidade do Estado, não afetam a sua personalidade internacional. A nação mantém sempre a identidade de sua pessoa enquanto subsiste como associação política. A perda de secções de território nada significam, porque as nações conservam a identidade jurídica de suas pessoas, uma vez que as partes que lhes ficam sejam suficientes para a manutenção de sua existência. E' o que ensinam PHILLIHORE, I, § 126; MARTENS, I, 68; MOORE, § 76, etc..

MUDANÇAS NA POPULAÇÃO

Renova-se a população sem que a personalidade internacional seja afetada. A accessão de novos elementos etnográficos, a vinda de indivíduos e famílias de outras origens e raças, não destroem a identidade da nação.

(196) OPPENHEIM, I, § 75, p. 139.

(197) VERDROSS, *Cours* 30, pag. 331.

A Prússia, por exemplo, no tempo do grande Eleitor, recebe os protestantes franceses. Outro exemplo é Gênova, no século XVI. Este ensinamento vem de GRÓCIO, § 3.º, n. 3.

**MUDANÇAS NO GO-
VÉRNO**

As mudanças no governo não afetam também a personalidade das nações. Ensina LAFAYETTE (§ 30) que não influem na identidade do Estado as transformações, radicais que sejam, de sua constituição interna, porque não é a Constituição que dá o SER á nação: ao contrário, a Constituição é que é um produto da nação. Daí tira o grande juriconsulto pátrio os seguintes princípios:

- 1 — Que subsiste sempre para a nação a obrigação de cumprir os tratados, convenções e ajustes por ela legalmente celebrados em qualquer tempo ou época, enquanto não deixarem de vigorar por alguma razão de Direito;
- 2 — Que é sempre responsável pelos prejuizos, perdas e danos que no procedimento injusto dos seus governos, havidos em qualquer tempo, resultarem em detrimento de outros estados ou de súditos dele;
- 3 — Que ligam e obrigam a nação em todo o tempo, os atos de cessão de bens e direitos que, em nome dela, houverem sido realizados, como alienação de bens do domínio público;
- 4 — Que se reputam legitimamente entrados para o seu patrimônio todos os bens e direitos que, a qualquer tempo, tenham sido legalmente adquiridos pelos que a hajam governado.

Acrescenta LAFAYETTE que a doutrina exposta vigora em toda a sua plenitude, ainda quando os atos que determinam a responsabilidade da nação, ou servem de fundamento á aquisição de direito, tenham sido praticados por governo de fato.

De idêntica opinião, PIEDELIEVEE, n. 137, bis; RIVIER II, § 3, n. 13, 1 e 2. E realmente o Estado sempre continúa obrigado pelos atos de um usurpador. Luiz XVIII e Luiz Phelippe indenizaram os prejuizos dados por Napoleão I, e o rei das duas Sicilias pagou aos americanos os de Murat.

A República Brasileira respeitou todos os compromissos do Império. Estas mudanças podem ser importantes para o Estado, mas não interessam muito o Direito Internacional e não afetam a sua personalidade internacional. De tamanha importância pôde ser uma

destas mudanças, que, como vimos, o não reconhecimento de um govêrno impede as relações internacionais.

**MUDANÇAS QUE
AFETAM A PER-
SONALIDADE
INTERNACIONAL**

Ha mudanças que afetam a personalidade internacional do Estado. Quando dois Estados se unem formando uma união real, os dois Estados têm a sua personalidade internacional afetada. Ainda, muitas restrições podem ser postas á independência dos Estados. Evidentemente, numerosas restrições podem ser impostas aos Estados sem affectarem propriamente a sua independência.

Contudo, ha restrições que envolvem perda parcial da independência como, por exemplo, quando o Estado soberano se torna semi-soberano.

**ESTADO NEUTRA-
LIZADO PERMA-
NENTEMENTE**

O Estado neutralizado permanentemente torna-se pessoa internacional de uma classe especial, tendo a sua personalidade internacional alterada, conquanto mantenha-se Estado independente.

A concepção do Estado neutralizado é a seguinte: trata-se de um Estado cuja independência e integridade ficam garantidas por uma convenção internacional de potências, sob a condição de que este Estado se obriga a nunca tomar armas contra outro Estado, exceto defendendo-se contra um ataque, a nunca contrair obrigações que possam trazer como consequência a guerra. Trata-se de um Estado plenamente soberano.

Diz LAFAYETTE (§ 39) que a obrigação de observar e manter neutralidade absoluta não lhe destróe a personalidade internacional, mas lhe restringe a liberdade, inibindo de contrair compromissos com quaisquer outros, ou de lhes prestar, em caso de guerra, auxílios e socorros sob qualquer fórmula.

Parece-me que o Estado neutralizado, salvo caso de solução de questões de fronteira, não póde nem ceder nem adquirir porções de território sem o consentimento das potências que garantem a sua neutralidade. Esta nossa afirmação contudo é muito discutida (198).

O Estado neutralizado póde para defender-se: possuir um exército e uma armada e construir fortalezas, desde que o seu fim seja unicamente preparar a própria defesa.

O caso do Luxemburgo, neutralizado, sob a condição de não possuir força armada, deve ser considerado como uma exceção.

Os Estados neutralizados podem ter uma importância internacional extraordinária. Apontaremos a Suíça.

A Suíça, como salienta NITTI (*Dém.* II, p. 328), *oferece, em ponto pequeno*, a imagem do que poderá ser dentro de alguns séculos uma Europa civilizada: reunião livre e espontânea sob a mesma lei de homens, de raças, de línguas e de religiões diferentes.

Os Estados neutralizados são na Família das Nações uma exceção. No século XIX surgiram, na comunhão internacional, os Estados neutros como Cracóvia, a Suíça, a Bélgica e o Luxemburgo.

Cracóvia (199) foi neutralizada permanentemente pelo Congresso de Viena, em 1815, e anexada pela Austria, em 1846. A Bélgica foi neutralizada pelo Tratado de Londres (15 de novembro de 1831, art. 7.º), e a sua neutralidade foi garantida no art. 25 pela Inglaterra, Austria, França, Prússia e Rússia, e a garantia renovada pelo Tratado de 19 de abril de 1839, art. 2.º, celebrado em Londres.

Violada a neutralidade belga pela Alemanha, em 1914, terminada a Grande Guerra, a Bélgica deixou de ser um país neutro (Tratado de Paz com a Alemanha, art. 31, e com a Austria, art. 83).

Sobre a Bélgica ver:

- 1 — SHERMAN, *American Journal* (1918);
- 2 — OPPENHEIM, § 99; e,
- 3 — DESCAMPS (A neutralidade da Bélgica, 1902).

Quanto ao Luxemburgo, ainda alguns o sustentam neutralizado (200), o que não parece razoável (201), pois solicitou sua entrada para a Sociedade das Nações em fevereiro de 1920, permanecendo neutralizado, e só foi admitido em novembro, sem reserva alguma (202).

S U I S S A

A Suíça é atualmente o único Estado neutralizado permanentemente (203).

-
- (199) NYS, I, pag. 414-417.
(200) BORSI, *Riv. Dir. Int.* 1925, 3-7; WEREN, *Rev. Ger. Dr. In. Pub.*, 1924, 169.
(201) OPPENHEIM, I, § 97-100.
(202) V. T. VERDROSS, *Cours*, 30, 299 e 300.
(203) OPPENHEIM, § 97 e 98.

CLASSES DE ESTADOS

- 1 — LAFAYETTE, I, p. 61, § 33.
- 2 — OPPENHEIM, I, p. 152, 85.
- 3 — SERGIO LORETO FILHO, *Classificação dos Estados*, (Recife, 1917).
- 4 — VERDROSS, *Cours*, 30, p. 322.
- 5 — ACCIOLI, n. 131 e segts.

Os Estados são simples ou compostos. Os Estados compostos são a União Real e o Estado Federal. A união pessoal e a confederação não são pessoas internacionais.

UNIÃO PESSOAL

ACCIOLI, n.º 136.

Dá-se a união pessoal quando dois ou mais Estados, soberanos e pessoas internacionais separadas unem-se pelo fato accidental de terem o mesmo indivíduo para monarca. Exemplo: GRAN BRETANHA e HANOVER (1714-1837), ISLÂNDIA (Regelsperg Rev. SC. Polit. 15 de junho de 1920), LITUÂNIA e POLÔNIA (de 1386 e 1569)

POSIÇÃO INTERNACIONAL

Trata-se no caso de pessoas internacionais separadas (204). Podem mesmo teoricamente fazer-se a guerra. São muitas vezes representados pelos mesmos agentes diplomáticos, mas estes representam, não a união pessoal, mas sim cada um dos Estados separadamente.

UNIÃO REAL

Accio I n.º 139 e segts.

Denomina-se união real a reunião de dois ou mais Estados soberanos, por tratado internacional, reconhecido pelos outros Estados, para formar exteriormente uma única pessoa internacional (205). As leis e instituições políticas do Estado mantêm-se distintas. No interior, em resumo, vários Estados soberanos; no exterior, um único: a união é real. Exemplo: SUÉCIA e NORUEGA (206). Tornaram-se união real em 1814.

Dissolvida pacificamente foi essa união em 26 de outubro de 1905 (Tratado de Stockolmo, conclusão das reuniões de Karlstad).

AUSTRIA-HUNGRIA — Tornou-se união real em 1723. Terminou, depois de várias vicissitudes, com a Grande Guerra.

(204) LAFAYETTE, § 34.

(205) PUFENDORFF, 7, 5, § 17

(206) Essa é a opinião de Opp., I, § 87, e LAFAYETTE, § 34, mas não é a de outros ilustres internacionalistas como PHILLIMORE, I, § 74, e TWISS, I, § 40. Aquele dizia tratar-se de uma união pessoal, e este de uma união federal.

CONFEDERAÇÃO

1 — LAFAYETTE, I, § 35.
2 — ACCIOLI, ns. 142 e segts.

“Confederated States (Staatenbund) are a number of full sovereign states linked together for the maintenance of their external and internal independence

by a recognised international treaty into a union with organs of its own, which are vested with a certain power over the member states, but not over the citizens of the states” (OPPENHEIM, Int. Law, I, pag. 156). Ou em português: “CONFEDERAÇÃO é a reunião de Estados soberanos por tratado internacional para manter sua independência interna e externa, formando uma união, com órgãos próprios, com poderes sobre os Estados membros, mas não sobre os cidadãos desses Estados”

POSIÇÃO INTERNACIONAL

Não é uma pessoa internacional, como vimos. A Confederação é, na realidade, uma mera aliança (LAFAYETTE, § 35).

O principal e ás vezes único órgão da união é uma dieta, onde os Estados membros são representados por agentes diplomáticos. A dieta é investida de um poder internacional que não afeta a plena soberania dos Estados membros. O corpo confederado pôde guerrear para obrigar um dos seus membros a obedecer ás deliberações da dieta conformes com o tratado de confederação: a guerra entre os Estados membros é proibida em outra hipótese (Opp., § 88). E' bom advertir que se podem ligar em confederação os Estados monárquicos, os republicanos, e os monárquicos com os republicanos. E' a lição de LAFAYETTE (§ 35), contrária á de MONTESQUIEU (L. 9, cap. 2)

Exemplo: Estados Unidos, de 1778 e 1787. Alemanha, 1865 a 1876. Suissa, 1791-1798 e 1815-1848. Maior República da América Central (Honduras, Nicarágua e Salvador) de 1895-1898.

ESTADO FEDERAL

LAFAYETTE, § 36.

E' a união perpétua de vários Estados soberanos, com órgãos próprios e internacionais separadas, nem-se pelo investidos de poder, não só sobre os duos desses Estados.

Essa doutrina é a ideada e exposta pelo Federalista e aceita por KENT e STORY, as maiores autoridades de Direito Constitucional na América do Norte. A soberania está dividida entre a união e os

Estados, sendo cada um soberano na sua esfera de ação (207). Essa distinção entre Federação e Confederação pôde ser estudada com proveito em LAFAYETTE, I, §§ 35 e 36, OPPENHEIM, I, § 89, e MERRIAN, "History of sovereignty since Rousseau".

Observamos que ha duas espécies de Federação: as do tipo germânico e as do tipo americano.

A Federação do tipo germânico ou império federal, observa DIENA, é um tipo anômalo. Nas Federações de tipo americano, como a nossa, o Estado federal absorve a soberania externa dos Estados membros, e estes não aparecem portanto nas relações internacionais. Continuam, porém, internamente soberanos (MERRIAN, Hist. of Sov., pag. 163) na sua esfera de ação.

Exemplos:

ESTADOS UNIDOS	(1787)
BRASIL	(1891) — Accioli — pag. 101
SUISSA	(1848) — Accioli — pag. 100
ARGENTINA	(1860)
ALEMANHA	A Alemanha é hoje uma federação com tendência para o unitarismo (Diena) (V. T. ACCIOLI, pag. 100)
RÚSSIA	(Sobre a Rússia falaremos oportunamente)

E' de notar que algumas das Repúblicas que fazem parte da União das Repúblicas Soviéticas Socialistas (URSS) estão organizadas, por sua vez, sob a forma Federativa. Alguns dos domínios britânicos acham-se organizados politicamente tambem sob a fórmula de Federações

ESTADOS VASSALOS
ACCIOLI, p. 105.

Os Estados feudatários, ou vassallos, são aqueles que estão para com os outros em relações de dependência análogas ás que existiam entre o vassallo e o suserano (208). Sobre eles não se pôde dar uma regra fixa, pois tudo depende de cada caso especial. Estão, contudo, sob uma espécie de tutela internacional (209).

(207) MERRIAN — History of Sov. p. 163.

(208) LAFAYETTE, § 38;; OPPENHEIM, § 90.

(209) OPPENHEIM, §§ 90 e 91.

**ESTADOS
PROTEGIDOS**

Opp. § 92.

Estado protegido é o que, por não ter força suficiente para sustentar a sua independência, defender o seu território, ou ainda resguardar-se da opressão e das injúrias, coloca-se sob a proteção

de um Estado mais poderoso mediante condições definidas (210).

Sobre os protetorados não se póde dar uma regra geral, porque o protetorado é susceptível de graus (211) Em regra o Estado mais fraco entrega ao mais poderoso a direção de seus negócios exteriores mais importantes, tornando-se, dest'arte, um estado semi-sobrano. É uma espécie de tutela internacional (a kind of international guardianship), podendo dizer-se que o protetorado é uma instituição que carece de precisão jurídica, eis que sua real significação depende muito do caso especial (212) Geralmente o Estado protegido não se funde no Estado protetor, e porisso mesmo o cidadão do Estado protegido nem sempre o é do protetor (213), e os tratados celebrados pelo protetor com terceiros nem sempre obrigam o protegido, podendo este permanecer neutro em guerra feita por aquele (214). Em regra o Estado protegido mantem-se independente, e conserva a sua personalidade internacional. Ás vezes, o protetorado é imposto como o da Inglaterra ao Egito.

Exemplos:

- 1 — ANDORRA (215) que participa tambem do caracter de Estado vassalo por pagar tributo aos protetores (216);
- 2 — SÃO MARINO, que alguns proclamam plenamente soberano;
- 3 — ISLÂNDIA, cuja posição é duvidosa;
- 4 — DANTZIG, sob a proteção da Sociedade das Nações (217);
- 5 — MÔNACO (218).

(210) LAFAYETTE, § 37.

(211) GRÓCIO, I, I, cap. 3, § 21, n. 10; PHILIMORE, I, § 76.

(212) OPPENHEIM, §§ 92/93.

(213) BYNK Q. J. P. I., cap. 9; LAFAYETTE, Hall.

(214) HALL, § 4.º; Opp., § 93.

(215) *Foreign Affairs*, I, 934, vol. 12, n. 2.

(216) ACCIOLI, pag. 114.

(217) ACCIOLI, pag. 118; OPPENHEIM, pag. 189.

(218) FAUCHILLE, I, pag. 270; ACCIOLI, pag. 114.

**ESTADOS
CLIENTES**

Autores ha que se referem aos quasi protetorados, designando uma situação de relativa dependência em que se acham algumas repúblicas da América Central em relação aos Estados Unidos. São os denominados Estados clientes por outros. Estão nesta condição de dependência CUBA, PANAMÁ, a REPÚBLICA DOMINICANA, HAITÍ e NICARÁGUA.

**MANDATOS
INTERNACIONAIS**

1 — JEAN DEVAUX, p. 145.
2 — ACCIOLI, p. 122.

Pelo artigo 22 do Pacto da Liga das Nações, ficam criados três tipos ou classes de mandatos internacionais, que foram confiados a certos Estados pela Liga sob condições determinadas...

**POSIÇÃO INTER-
NACIONAL DE
OUTROS ESTADOS**

Já nos referimos aos Estados neutros, isto é, áqueles cuja independência e integridade ficam para sempre garantidas pelas potências, sob condição de nunca pegar em armas contra outros Estados, ou celebrarem tratados dos quais possa resultar a guerra (219), e poderíamos completar o nosso estudo tratando da posição internacional da RÚSSIA SOVIÉTICA (220), o que só faremos oportunamente.

Do IMPÉRIO BRITANICO e da SANTA SÉ, trataremos mais tarde. Vejamos agora a posição dos Estados não cristãos.

**ESTADOS NÃO
CRISTÃOS**

1 — Opp. I, § 102.
2 — Nrs, I, p. 126.

Exceto a TURQUIA e o JAPÃO, plenamente soberanos e tratados em pé de perfeita igualdade pelos outros Estados membros da Família das Nações, os outros Estados não cristãos ocupam uma posição duvidosa.

A posição internacional da CHINA, do SIÃO, da PÉRSIA e da ABISSÍNIA, não é perfeitamente clara. Devem, comtudo, os Estados tratar com essas nações de posição internacional duvidosa e de civilização muito diferente da nossa, de acôrdo com os princípios da Moral Cristã.

(219) OPPENHEIM, vol. I, pag. 181.

(220) ACCIOLI, pag. 104.

O SIAO, A CHINA e a PÉRSIA são membros da Liga das Nações, e procuram, por todas as formas, assimilar os princípios da Moral Cristã e da nossa civilização (221).

Diz muito bem LORD PHILIMORE que um povo bárbaro sem absolutamente nenhuma organização não está protegido senão pelos princípios da Moral e da religião (222). Os mesmos princípios devem ser aplicados quando se trata de castigá-los (223).

AXEL MÖLLER, o insigne internacionalista dinamarquês, ensina que os Estados que se acham fóra da Família das Nações não devem ser tratados arbitrariamente. Em relação a esses Estados, os Estados mais civilizados devem observar os ditames da humanidade, da moralidade e da religião, o mais que seja possível, conquanto não sejam estrictamente obrigados a fazê-lo.

**NASCIMENTO DAS
NAÇÕES**

1 — VERROSS, Cours 30, p. 324.
2 — ACCIOLI, pag. 126.

Formam-se as nações: 1 — Pela divisão de um Estado em duas ou mais partes (224).

Exemplos: Divisão do Império de Carlos Magno; divisão do reino dos Países Baixos, em Holanda e Bélgica. Uruguai separando-se, em 1828, do Brasil.

2 — Reunião de duas ou mais nações em uma só (225).

EXEMPLO: Itália, resultado da união dos Estados da Península.

3 — Por separação.

EXEMPLO: Cisplatina.

4 — Independência de colônias (226).

EXEMPLO: Repúblicas americanas.

5 — Por ato diplomático.

EXEMPLO: Rumânia (Tratado de Berlim, 1878, art. 43)

(221) AXEL MÖLLER, pag. 5.

(222) AXEL MÖLLER, pag. 6, afirma que um Estado completamente incivilizado está inteiramente fóra da Família das Nações e exemplifica com o Nepal, o Buthan e alguns pequenos Estados da Arábia. Estes tornam-se cada vez mais raros.

(223) Curso de Direito da Academia Internacional de Haya.

(224) GRÓCIO, 2, 9, § 10; PHILIMORE, I, § 137.

(225) GRÓCIO, t. 2, cap. 9, § 9; PUFFENDORF, 8, 12, § 6.

(226) GRÓCIO, 2, 9, § 10; POMEROY, § 50.

**EXTINÇÃO DAS
PESSOAS INTER-
NACIONAIS**

OPPENHEIM, I, § 79.

pela anarquia permanente. Esses dois casos rara vez ocorrem, e deles não ha exemplo nos tempos modernos (229).

Os casos mais vulgares de extinção das pessoas internacionais são:

1 — INCORPORAÇÃO VOLUNTÁRIA A OUTROS ESTADOS.

EXEMPLO: Incorporação do Texas aos Estados Unidos (1843); o Ducado de KURLÂNDIA, em 1795, incorpora-se á Rússia; os Principados de HOHENZOLLERN-HELCHINGEM e HOHENZOLLERN SIGMARINGEN (1849), á PRÚSSIA; o Estado Livre do Congo, em 1908, à BELGICA; e a KORÉA, em 1910, ao JAPÃO.

2 — UNIÃO DE VÁRIOS ESTADOS EM UM UNICO: Itália.

3 — DIVISÃO VOLUNTÁRIA DE UM ESTADO EM VÁRIOS: Maior República da América Central, Rússia, etc..

4 — INCORPORAÇÃO FORÇADA DE UM ESTADO A OUTRO: absorpção da Polônia pela Rússia, Austria e Prússia; Estado Livre de Orange e República Sul Africana á Inglaterra (1901) .

**SUCCESSÃO DAS
PESSOAS INTER-
NACIONAIS**

- 1 — LAFAYETTE, T. § 43.
- 2 — OPPENHEIM, I, § 80.
- 3 — KEITH — Theory of State Succession (1907).
- 4 — GRÓCIO, II, C. 9 e 10.
- 5 — PUFFENDORF, VIII, C. 12.
- 6 — MOORE, § 92/99.
- 7 — HEFFSTER, § 25.
- 8 — FOCHERINI — La Successioni degli Stati.
- 9 — CAVAGLIERI — La Dottrina della Successione de Italo-Stato (1910).

Não ha acôrdo entre os escritores sobre a successão das pessoas internacionais. A doutrina mais comum, contudo, é a que vou expor em seguida.

Dá-se uma successão de pessoas internacionais, quando uma, ou mais pessoas internacionais, tomam o lugar de outra pessoa em consequência de qualquer mudança na condição desta: “A succession of International Persons occurs when one or more international persons take the place of another international person, in consequence of certain changes in the latter’s condition” OPPENHEIM, I, § 80).

(227) GRÓCIO, t. 2, cap. 9 § 4. — “Ad priorem modum refert populos mari abreptos, ut Atlantiae populos, teste Platone et aliosquos Tertuliano meminit; item eos quos terrae motus haurit penitus” Ex antiquo Latio LIII populus sine vestigiis inter isse, ait Plinio. — Puffendorf, 8, 12 § 8.

(228) GRÓCIO, l. 2, cap. 9 § 5.

(229) LAFAYETTE, § 42.

A sucessão pôde ser:

1) *Universal* — quando uma pessoa internacional é absorvida por outra, por incorporação voluntária ou forçada, e também quando um Estado se fracciona em outros que se tornam pessoas internacionais, ou são absorvidos, anexados por outros Estados.

2) *Parcial*:

- a) Quando uma parte do território se torna independente;
- b) Quando uma pessoa internacional adquire uma parte do território de outra por cessão;
- c) Quando um Estado soberano entra para uma federação;
- d) Quando uma pessoa internacional entra para uma união real, ou vice-versa.

Ninguém sustentará hoje que, em Direito Internacional, haja uma sucessão de todos os Direitos e obrigações. Na matéria, tudo depende, como ensina OPPENHEIM, que sigo nesta lição, do caso especial.

Alguns autores, contudo, dizem que nunca ha sucessão de pessoas internacionais (CAVAGLIERI, GAREISS, etc.).

Ensinam eles que, com o desaparecimento da pessoa internacional, desaparecem também todos os seus direitos e obrigações. Se não existe uma sucessão universal, é, contudo, absurdo negar que não haja sucessão de pessoas internacionais. Basta observar o que se passa na realidade (Ver LAFAYETTE, I, § 43 e nota 3).

C A S O S

Vejamos os casos de sucessão:

1 — *ABSORÇÃO* — Quando um Estado é absorvido por outro, extingue-se como pessoa. Direitos e obrigações decorrentes do caracter de pessoa internacional ou tratado puramente politicos, extinguem-se. Assim os tratados de aliança, neutralidade e arbitramento extinguem-se.

E os tratados comerciais?

Ha discussão. Acho que, conquanto não sejam tratados puramente politicos, têm traços proeminentes de politicos, devendo extinguir-se todo tratado comercial com a extinção das pessoas internacionais.

Dá-se também uma sucessão quanto aos direitos e obrigações localmente conexas com a terra, os rios, as estradas, etc..

Os tratados de limites, reparação de estradas, navegações fluviais, ficam válidos e ha successão de acôrdo com o princípio *res transit cum suo onere*.

Ha tambem successão da propriedade fiscal e fundos públicos que entram para o patrimônio do novo Estado (Dec. Alta Corte J. S. A. no U. S. V.. Priolau, V. Scott, Cases on Int. Law, pag. 85).

Por uma regra, baseada em costume, ha successão das dívidas (MOORE APPLETON).

O credor privado não adquire direito contra o novo Estado.

Alguns (HUBERO, HEFFTER, etc.) acham que o Estado sucessor deve ficar com as dívidas, mesmo quando o patrimônio é inferior a elas. Mas ésta opinião não é sancionada pela prática.

Um Estado que subjuga outro tem que ficar com as dívidas de guerra (OPPENHEIM contra WESTLAKE). No caso de Federação, tudo depende de circunstâncias especiais. Ha ainda a considerar se a federação é de tipo americano, se de germânico.

Sobre concessões a indivíduos e companhias, tudo é falivel (MOORE, FIELD, WESTLAKE).

2 — *DESMEMBRAMENTO* — Quando um Estado se desmembra, e fórmas várias pessoas internacionais, ou é anexado por outros, extingue-se, e applicam-se-lhe as mesmas regras da absorção.

Quando o território do Estado extinto é absorvido por vários Estados, dá-se a successão dos direitos localmente conexos com a parte dos territórios absorvidos pelos respectivos Estados, da propriedade fiscal e dos fundos do Estado, e uma divisão proporcional das dívidas.

Quando se dissolve uma União Real, como a Suécia e Noruega em 1905, ha successão, e todos os tratados obrigam os antigos membros, exceto os feitos pela União para um único membro.

3 — *SEPARAÇÃO E CESSÃO* — Ha successão dos direitos localmente conexos com o território, da propriedade fiscal e dos fundos públicos.

Parece que uma parte das dívidas deve ficar a cargo do sucesor, não havendo, contudo, nada de fixo a tal respeito.

O Tratado de Berlim, de 1878, estipulou, nos artigos 9, 33 e 42, que a Bulgária, o Montenegro e a Sérvia ficariam com uma parte da dívida turca.

De modo contrário procedeu a América do Norte em 1898, quanto á dívida cubana (230)

(230) MOORE, II, § 97, pags. 355 e 385 e vol. I, § 97

Contudo, HUBERO sustenta que ha uma regra de Direito Internacional que obriga, no caso de separação ou cessão, a ficar o sucessor com uma parte da dívida do predecessor. Como vimos, esta opinião é contestada por OPPENHEIM e outros.

PRINCÍPIO DAS NACIONALIDADES

1 — LAFAYETTE, § 25.
2 — JOHANNET — Le Principe
des Nationalités — (1918).

Vejamos, em primeiro lugar, o que seja este princípio das nacionalidades. FOIGNET define-o como sendo o princípio em virtude do qual os Estados devem corresponder ás nacionalidades. Para os seus defensores a coexistência das nacionalidades constitue a base do Direito Internacional.

Este princípio foi formulado por MANCINI na celebre lição de 22 de janeiro de 1851 (231). MANCINI ensinou que a idéa de nacionalidade deduzida do Direito Internacional, para ele uma espécie de Direito Universal, é elementar, e a idéa de Estado é derivada.

MANCINI, levado pelo seu patriotismo, fomulou o princípio das nacionalidades em épocas anormais de fermentação e de paixões, e levado pelo seu patriotismo foi longe demais, e, em vez de retratar um princípio, caricaturou-o.

Os italianos quiseram provar que os esforços de Itália para libertar-se e unir-se eram legítimos, e apelaram para o princípio das nacionalidades, formulado por MANCINI.

Más, parece-me, com V. BULMERING, que, para unificar-se a Itália, não era necessário basear-se o Direito Internacional no princípio das nacionalidades.

Antes de MANCINI, já a idéa de nacionalidade surgia, e MADAME DE STAËL dizia que cada Estado deve compreender um povo com uma língua e costumes semelhantes (232).

Após 1815, como vimos, foi triunfando esse princípio, principalmente depois que Napoleão III lhe deu o seu apôio.

Predominou completamente depois de 1877, e sob a sua influência desmembrou-se o Império Otomano, e unificaram-se a Itália e a Alemanha. Durante o século XIX, segundo ensina MARTENS, o princípio das nacionalidades é glorificado como sendo o mais razoavel fundamento para regular todas as controvérsias possiveis entre os Estados, e para restabelecer uma ordem que garanta a cada povo um desenvolvimento pacífico, em síntese, uma espécie de panacéa contra todas as veleidades de desacórdos internacionais.

(231) *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Turim, 1851.

(232) Origem da expressão: NITTI, *Dém.*, I, p. 339.

ATAQUES AO PRINCÍPIO

Os europeus atacam muitas vezes o princípio das nacionalidades, e também o Direito dos povos de se governarem a si mesmos. Mas ha no caso muito interesse e boa dose de má fé. O princípio das nacionalidades não é a base do Direito Internacional, nem mesmo póde ser considerado um princípio jurídico, mas sim politico.

Mas a sua importância é enorme e grande a sua influência na História do Direito das Gentes e na marcha da civilização.

COMO DEVE SER COMPREENDIDA

A idéia de nação é complexa, antes psicológica que jurídica. Uma nação é uma alma, uma familia espiritual, resultante, no passado, de lembranças, de sacrificios, de glórias, ás vezes de dores e recordações comuns; no presente, do desejo de continuar vivendo juntamente.

O que constitue uma nação não é o fato de falar certo número de pessoas a mesma língua, ou pertencer ao mesmo grupo etnográfico: é ter feito juntamente grandes coisas no passado e querer ainda fazê-las no futuro. A nação é um princípio espiritual resultando de complicações profundas da História, conforme ensina RENAN (Discours et Conférences).

Como estamos longe dos que falam em panslavismo, ou pangermanismo, como consequência do princípio!. É do ponto de vista elevado de RENAN que devemos estudar a matéria, e conceber o princípio das nacionalidades (233).

O EXEMPLO SUISSO

A Suissa, amálgama de povos diferentes, é o exemplo mais acabado de uma nação tal como a concebemos, e talvez a mais legitimamente constituida da Europa, como afirmava o mesmo RENAN.

NIPPOLD diz que muitos quiseram contestar á Suissa a qualidade de nação, porque esse país se compõe de povos diferentes pela raça e pela língua, e, contudo, observa o grande internacionalista, o suíço tem a convicção de que constitue uma nação como se a Suissa fosse povoada por habitantes falando uma única língua.

A SUISSA E A SOCIEDADE DAS NAÇÕES

E' de notar, como observa NIPPOLD, que a Suissa com as três raças e as suas três culturas, fôrma uma sociedade de nações em miniatura. Prova que, apesar dessas diferenças, pôde-se viver em boa harmonia; que um Direito Internacional mais elevado do que o que existe atualmente, não é uma impossibilidade, bem como uma sociedade das nações na sua verdadeira acepção. Oxalá se entendesse sempre assim a idéia de nacionalidade! Bem compreendida, significa a paz; mal compreendida, o ódio, a paixão, a guerra. . .

A GRANDE GUERRA E O PROBLEMA DAS NACIONALIDADES

Durante a conflagração européia, mais de uma vez foi proclamado o direito das nacionalidades pelos aliados.

“Il n'y a pas de paix possible tant que ne seront pas assurées la réparation des droits et libertés violés, la reconnaissance du principe des nationalités et la libre existence des petits États” (234). Assim, de acôrdo com essa política, formaram-se a nação Polaca e a Tcheco-Slováquia.

O princípio da *proteção ás minorias* é mais moderno, e significa a garantia dos interesses nacionais, linguísticos e religiosos das minorias étnicas dentro de fronteiras determinadas (235)

Não nos devemos esquecer ainda de outro princípio, caracteristicamente político, o da *porta aberta* (policy of the open door), proclamado em varios tratados garantidores da liberdade comercial e do direito de intercâmbio internacional (Tratado de Washington de 6 de fevereiro de 1922 (China), artigos 22 e 23 do Pacto da Liga das Nações e Conv. de Barcelona, 20 de abril de 1921).

O Govêrno Provisório russo, em declaração de 9 de abril e 18 de maio de 1917, reconheceu tambem o Direito dos Povos de disporrem de seus próprios destinos.

W I L S O N

Mas o maior paladino do Direito dos povos foi o grande idealista WILSON. A sua doutrina iluminou o mundo durante algum tempo, foi o verbo da paz, a palavra da Justiça. A doutrina wilsoniana foi aceita pelos alemães e austríacos (notas de

(234) Nota de 30 de dezembro de 1916.

(235) DUPARC — *La protection des minorités de race, de langue et de religion* (1922). MANDELSTAN, *Cours*, 1929.

12 e 27 de outubro de 1917) e pelos aliados (nota de LANSING a SULZER, 6 de novembro de 1918). WILSON limitava a soberania do Estado pelo Direito Superior da Humanidade.

**PALAVRAS DE
WILSON**

A América combate “ .. pour la libération des peuples, quels qu'ils soient, des aggresions de la force autocratique” (Dec. 9-1-1917, á Rússia).

Em Mont-Vernon, no discurso de 4 de julho de 1918, preconiza a “destruction de tout pouvoir arbitraire en quelque lieu que ce soit, qui puisse isolément, secrètement et de par sa seule volonté troubler la paix du monde”.

“Todo povo tem o direito de escolher a soberania sob a qual é chamado a viver” (27 de maio de 1916). Esta última declaração foi modificada posteriormente.

**O DISCURSO DE 22
DE JANEIRO DE
1917**

“Uma salvaguarda inviolável da existência do culto e do desenvolvimento social e industrial deveria ser garantida a todos os povos que viveram até aqui sob o domínio de governos ligados a uma fé e a fins políticos diferentes dos seus”. Aí fala WILSON não em independência plena, mas sim em um mínimo de direitos (uma autonomia).

Em geral, a doutrina wilsoniana opõe aos direitos das nações os do Estado, e delimita estes dois direitos pelo fim comum da humanidade.

Mas como?

**MENSAGEM PRESI-
DENCIAL DE 11 DE
FEVEREIRO DE
1918**

De acôrdo com a mensagem de 11 de fevereiro de 1918, como muito bem diz MANDELSTAN, o ilustre internacionalista russo, no seu cargo na Academia de Direito Internacional de Haya (1923), monumental trabalho que muito tem me

servido na exposição da matéria: “Cada parte do regulamento final deve ser baseada sobre a Justiça do caso particularmente considerado, e arranjos mais adaptáveis á consecução de uma paz permanente” (ponto 1).

“Todas as aspirações nacionais bem definidas deverão receber a mais completa satisfação possível, sem introduzir ou perpetuar

antigos elementos de desordem ou de antagonismo, susceptíveis, com o tempo, de romper a paz da Europa, e portanto do mundo” (ponto 4.º).

**CONCLUSÃO DA
DOCTRINA
WILSONIANA**

“Em suma, a doutrina wilsoniana reconhece, em princípio, a necessidade de satisfazer as aspirações nacionais; mas reserva o exame da “Justiça essencial de cada caso particular”, e limita

essas aspirações pelos interesses superiores da paz mundial.

Segundo a doutrina wilsoniana, em caso de conflito entre o Estado e as nações que fazem parte dele, a solução não será uniforme: ora será favorável ao Estado, ora á nação, segundo os interesses superiores da sociedade humana”

**SÃO AS NAÇÕES SU-
JEITOS DE DIREITO
INTERNACIONAL?**

DIENA discute elegantemente a tese de saber-se se as nações podem ser pessoas de Direito Internacional. Diz ele que, para excluir a idéia de que as nações possam ser sujeitos do Direito In-

ternacional, basta observar que, enquanto os Estados possuem uma personalidade jurídica, ou antes, são as pessoas jurídicas por excelência, o contrário acontece com as nações enquanto não adquirirem a fôrma de Estado. Seria talvez vantajoso que as bases para a constituição dos Estados fossem as nações, mas não é ésta a missão do Direito Internacional.

Demais, observa DIENA, é difficil distinguir as nacionalidades. Como caracterizar uma nação de fôrma a diferenciá-la perfeitamente de outras? O elemento étnico não é sufficiente, porque os povos são o resultado de mesclas e cruzamentos de raças diversas. As fronteiras naturais e a língua não caracterizam perfeitamente a nacionalidade. Devemos concluir, por numerosas razões, que, se é de se javel que os diversos povos se organizem politicamente de acôrdo com os seus caracteres nacionais, devemos, contudo, considerar como sujeitos de Direito Internacional, não as nações, mas os Estados que fazem parte da comunhão jurídica internacional, estejam, ou não, constituídos sob uma base nacional.

**PROTEÇÃO AS NA-
CIONALIDADES**

Se as nações não são as pessoas internacionais, contudo as minorias étnicas são protegidas pelo Direito Internacional. Os tratados que puseram fim á

Grande Guerra, obrigaram os Estados a conceder a todos os habitantes a proteção de sua vida e liberdade de raça ou de religião, e realmente, como diz FAUCHILLE (236), a proteção do Direito das minorias deve ser proclamada de uma maneira absolutamente geral, como obrigatória para todos os Estados, mesmo os mais civilizados em todas as porções de seus territórios: toda nação em todos os Estados, pequenos ou grandes, fracos ou poderosos, deve ser protegida.

LIÇÃO DA HISTÓ- RIA DO DIREITO INTERNACIONAL
--

A História do Direito Internacional nos ensina que é inútil combater o princípio das nacionalidades. Quando um povo, com uma concepção nítida dos seus destinos, com aptidão para viver,

cheio de forças e ideais, com uma compreensão clara de sua nacionalidade, que é um fato psicológico importantíssimo, deseja tornar-se livre não ha obstáculos, não ha forças humanas que o vençam: mais cedo ou mais tarde será livre.

Se os escritores europeus combatem o princípio das nacionalidades, é para defender interesses inconfessáveis.

As populações oprimidas hão de se erguer contra a cobiça insaciavel das grandes potências, e reduzir a nada os que combatem o princípio das nacionalidades.

Este, vencedor no passado, será também vencedor no futuro.

O IMPÉRIO BRITANICO

- 1 — MANFREDI SIOTO PINTOR,
Cours, 41 — pag. 309.
- 2 — ACCIOLI, n. 141.
- 3 — NOEL BACKER, Cours, T. 19,
1927. V. Le Statute juri-
dique des dominions bri-
taniques dans le domaine
du Dr. Int.
- 4 — BUCHET — Le Status des
Dominions britanniques.

A expressão *império* não corres-
ponde a uma forma constitucional defi-
nida, e a sua significação mudou muito
através da História. Podemos dizer que
império é um vasto território, um
composto de varios Estados separados,
governados por um Imperador, ou um
grupo de territórios, governados por um
Estado soberano.

Tratando-se do Império Britânico,
verificamos que ele não corresponde na realidade a nenhum tipo
preciso, e desafia toda classificação, não oferecendo nenhuma se-
melhança real com qualquer outra organização política existente na
atualidade, ou de que haja noticia na História (LORD BALFOUR).

A tendência atualmente é para substituir a expressão “Império”
por “Commonwealth” Mas essa expressão não é mais precisa do
que o termo “Império”, e não corresponde tambem a nenhuma
forma constitucional definida.

Deixando de parte peculiaridades que se podem ver na magní-
fica obra “LE STATUS DES DOMINIONS BRITANQUES EN DROIT
CONSTITUTIONNEL ET EN DROIT INTERNATONAL”, por
EDMOND-EDOUARD BUCHET (1928), procuremos caracterizar o Império
Britânico.

UNIÃO PESSOAL

Será uma união pessoal? Não é. A
união pessoal não é Estado distinto, par-
ticular, diverso dos Estados que a com-
põem: o Império Britânico é um Estado. Assim é considerado
pela S. D. N. e pelo Direito Internacional.

UNIÃO REAL

Não é União Real. Os domínios
britânicos têm representação distinta
na S. D. N., e fóra dela não formam ne-
cessariamente uma única pessoa internacional (Conferência Impe-
rial — 1926)

ESTADO FEDERAL

Conquanto tenha havido partidários de transformar o Império em Estado Federal, a idéia é hoje impraticavel, segundo BUCHET.

CONFEDERAÇÃO

Não é também, como quer FAUCHILLE, uma confederação. Demais seria um caso raríssimo, uma Federação transformar-se em Confederação.. Houve, é certo, partidários da Confederação (CHAMBERLAIN, etc.). Os domínios não têm independência completa, e o Império Britânico é considerado uma pessoa internacional. Além disso, é certo que não haveria vantagem alguma em transformar-se o Império em uma Confederação.

Então, pergunta-se, que serão afinal os domínios britânicos? Não serão eles, por acaso, nações soberanas? Não. E' duvidoso que possam fazer a guerra, e celebrar a paz, e não têm mesmo o direito de secesso.

Podemos dizer com LLOYD GEORGE que se trata de uma associação livre, igual e leal das nações britânicas sob o cetro de um soberano.

O Império baseia-se principalmente na boa vontade de seus membros. Estes não têm vantagem em se retirar dele. Além do mais, ha o vínculo sentimental que liga as nações britânicas, e este laço sentimental é a corôa.

O que se pôde dizer é que o lugar do *self governing dominions* dentro da Família das Nações, no momento atual, desafia qualquer definição precisa. As relações entre a Grã Bretanha e os domínios não têm precedentes na História, a menos que o império se torne um Estado Federal (237).

A OPINIÃO DE MASSIMO PILOTI

Antes de terminar a exposição do ponto referente a essa união voluntária que SÉFÉRIADÈS (238) procura caracterizar, e que GRIGG denomina a maior *experiência da História*, vejamos a opinião do ilustre MASSIMO PILOTI (239). E' atualmente, diz PILOTI, possível retomar e completar a definição do Império Britânico, tal como foi deduzida da definição dos domínios, dada pela Conferência de 1926.

(237) OPPENHEIM, I, § 94 — b.

(238) *Droit de La Paix, Cours*, V. 34, pag. 305.

(239) *Académie de Droit International*, vol. 34, *Cours, Les Unions d'États*, pag. 525.

O BRITISH COMMONWEALTH OF NATIONS é uma união real de Estados, livremente confederados, ligados pela fidelidade (Allejeance) ao seu monarca comum, não subordinados uns aos outros, nem no domínio de sua atividade interior, nem no domínio da sua atividade no seio da comunhão do Direito das Gentes, de que são sujeitos.

O COMMONWEALTH, tomado em seu conjunto, é um sujeito de Direito das Gentes, sem ser um Estado. Sua atividade se exerce em consequência de consultas, de acôrdos, entre seus membros, e sobretudo em seguida a acôrdos não obrigatórios, mas praticamente observados.

Esta atividade se realiza por meio de atos convergentes do govêrno de todos os Estados do COMMONWEALTH, ou por meio de atos do Govêrno da Grã Bretanha que os executa em nome e por conta de todos os Estados do COMMONWEALTH.

Esta atividade se exerce não sómente no domínio das relações internacionais, mas no interior do grupo, nas matérias de interesse primordial, como a regulamentação da qualidade geral de súbditos do monarca comum.

A SANTA SÉ

OS ESTADOS DO PAPA

- 1 — LAFAYETTE, § 40.
- 2 — El Papa como Persona internacional — SÁ VIANNA, Rev. Mexicana de D. I. — t. III, Junio 1921, n. 2.
- 3 — Opp. I, §§ 104 e segs., p. 181.
- 4 — OLIVART — Le Pape, Les États de l'Église et l'Italie (1897).
- 5 — Rev. Dr. Int. 1929, n. 9, 3.º n. 2.
- 6 — Revue de Droit International, 1929, n. 9, 3.º anno, n.º 1, janeiro, fev. março, p. 25; Le Saint Siège et le Droit Int. Le Fur.
- 7 — Idem pag. 13 — Artigo de YVES DE LA BRIÈRE.
- 8 — G. GUYAU — L'Église Catholique et le Droit Int., Curso de Haya, vol. 6.º.
- 9 — YVES DE LA BRIÈRE, Cours, Vol. 33, pag. 115.
- 10 — RIVET — La question Romaine et le Traité de Latram — 131.

SITUAÇÃO INTERNACIONAL

- 1 — OPPENHEIM, I, § 106.
- 2 — CIDEL, R.G. XVIII, p. 604.

Criados os Estados do Papa por PEPINO, O BREVE, e CARLOS MAGNO, em favor de ESTEVAM II e de ADRIANO I, pelos quais foram coroados, foi outrora o PAPA um monarca como outro qualquer. Em 1798, por três anos, tornaram-se os Estados papalinos uma República, restabelecendo-se, em 1801, o antigo estado de coisas. Em 1809, tornam-se parte do *Império Napoleónico*, até 1814.

Desta data até 1870, quando foram anexados ao reino da Itália, permanece o Papa como senhor de seus domínios. Começa, então, um período caracterizado pela lei de garantias (OPPENHEIM, I, § 105).

Tendo uma missão universal, pelo consenso das nações cultas, pela tradição, tinha o *Sumo Pontífice* uma certa posição internacional, era considerado um verdadeiro monarca. Mas pelo seu caracter especial era a SANTA SE' uma

pessoa sui generis, anormal, honorária, de Direito Internacional (240).

(240) Já dizia LAFAYETTE (§ 40) que a personalidade internacional do Papa era de um caracter excepcional, distinguindo-se a sua soberania eminentemente do poder temporal. Salientava já La-

**A OPINIÃO DE
LORD PHILLI-
MORE**

No seu curso, na ACADEMIA DE DIREITO INTERNACIONAL, afirmou LORD PHILIMORE que é idêntica a posição do Papa á de SUA BEATITUDE O PATRIARCA DE CONSTANTINOPLA e á do KALIFA, para os maometanos. Não creio que a missão desses chefes de religião seja idêntica á do Papa. Basta para confirmar o meu asserto a leitura do trabalho de G. GUYAU — “L’ÉGLISE CATHOLIQUE ET LE DROIT DE GENS” (241).

SITUAÇÃO ATUAL

Depois do TRATADO DE LATRÃO (11-2-1929) mudou-se radicalmente a situação-internacional da SANTA SE'. Foi delimitado um território independente sobre o qual é reconhecida expressamente pelo reino da Itália a plena soberania temporal do PONTÍFICE romano. Este território denomina-se “ESTADO DA CIDADE DO VATICANO”. O território independente da Cidade do Vaticano é o caracter visível do Estado soberano.

Tendo TERRITÓRIO, população, jurisdição exclusiva da autoridade pública sobre a população, poderes legislativo, executivo e judiciário, força armada, autonomia postal, telegráfica, radiotelegráfica e moeda distinta, sob um govêrno com DIREITO DE LEGAÇÃO ATIVA E PASSIVA, que falta á cidade do Vaticano para constituir um Estado e ter personalidade internacional?

Pouco importa que seja pequena a sua superfície territorial e a sua população composta de funcionários pontifícios. Mesmo com característicos sui-generis, a que se refere YVES DE LA BRIÈRE, depara-se-nos um Estado em condições de ter plena personalidade internacional, de conformidade com os princípios tradicionais do Direito das Gentes.

ESTADO NEUTRO

O território do Estado Pontificio foi neutralizado permanentemente.

fayette a natureza excepcional da soberania do Papa e previa a aliança com o Socialismo nas seguintes palavras: “E diante da obstinada recusa, por parte das grandes potencias, de darem o seu concurso para o restabelecimento do poder temporal, não procurará o Pontificado a aliança do Socialismo, que, com algumas correções e sem grandes esforços de subtilezas, pôde achar abrigo nos textos do Evangelho? E como resistir ao socialismo elevado pela consagração do Pontifice á categoria de uma doutrina santa. A vitoria do socialismo meteria o mundo civilizado em uma segunda Média Idade. E não foi na Média Idade que o Pontificado tocou ao apogeu de sua grandeza e de seu poder?”

(241) *Cours à l'Académie de Droit International de la Haye*, vol. 6.

**A SOBERANIA DA
SANTA SÉ**

A soberania da Santa Sé é limitada, bem o sabemos. Mas também a noção de soberania ilimitada está hoje desmoralizada completamente. A chamada soberania, expressão misteriosa e sibilina, é relativa e limitada, cada vez mais, á medida que aumenta a solidariedade econômica e jurídica dos Estados.

**OPINIÃO DE LE
FUR**

Sustenta o grande mestre LE FUR a doutrina da *espiritualização da soberania*, aplicando-se á Santa Sé. Outra coisa não sustentavam os Papas na Idade Média. Diz o ilustre jurista que não só a soberania espiritual não está em contradição com o Direito das Gentes, mas, ao contrário, parece ser para ele motivo para novo e grande progresso, permitindo caracterizar melhor a natureza jurídica da Sociedade das Nações, sem território próprio, e, contudo, com soberania.

**OPINA YVES DE LA
BRIÈRE**

Salientando as peculiaridades do novo Estado, YVES DE LA BRIÈRE opina que a soberania territorial da CIDADE DO VATICANO apresenta qualquer coisa de convencional e simbólico.

**O TRATADO DE LATRÃO E O DIREITO
INTERNACIONAL
PRIVADO**

Não podemos deixar de nos referir aos efeitos do TRATADO DE LATRÃO em matéria de Direito Internacional Privado. Sobre o assunto pôde ser consultado com proveito um trabalho magnífico, claro e sintético de NYBOYER, publicado na "Revue de Droit International" de A. Sottile (1929 — abril e junho, n.º 2 — 7.º ano).

**DIREITOS DOS
ESTADOS**

LAFAYETTE, I, § 47.

Sustentam muitos juriconsultos que existem direitos fundamentais dos Estados. Mas, quando tratam eles de dizer quais são esses direitos fundamentais, entram em grandes divergências. Em geral, dizem que são fundamentais os direitos de existência, de independência, de conservação, o direito de intercurso, o de boa reputação etc. Mas, como observa OPPENHEIM, não ha acôrdo entre eles na enumeração desses direitos que pretendem ser fundamentais. Acha que não existem esses pretensos direitos fundamentais dos Estados.

O Direito Internacional, como já explicámos, ao tratar do seu fundamento, originou-se do consentimento comum dos membros da Família das Nações, desenvolvendo-se historicamente ao influxo da civilização cristã.

Os povos adotaram os princípios cristãos como poderiam adotar quaisquer outros. Observou-se que eram os melhores, os que mais asseguravam as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, e que os povos mais adiantados poderiam progredir com esses princípios. E assim aconteceu, porque os povos cristãos foram, e são, os mais civilizados da terra.

E mesmo os povos que posteriormente entraram para a Família das Nações, tiveram que adotar expressa ou tacitamente os princípios cristãos nas suas relações recíprocas. Mas, não existe uma Moral absoluta, um Direito imutável. A própria Moral cristã tem sido modificada, e grandemente, com o correr dos anos.

Não existem direitos fundamentais: existem direitos que foram adotados pelos povos civilizados. Observou-se que os povos só podem viver e progredir em sociedade, e que, para um povo viver na sociedade internacional, precisa respeitar os direitos dos outros, e limitar a sua liberdade de ação. Todo povo, portanto, pôde agir livremente, desde que não venha ferir direitos dos outros povos. Vejamos agora quais os principais direitos dos Estados.

IGUALDADE, HON- RAS E TÍTULOS
--

A igualdade dos Estados resulta da personalidade internacional. Consequências da igualdade são:

1 — Quando surge uma questão que tem que ser resolvida pelo consentimento comum dos membros da Família das Nações, cada Estado tem um voto, e um único voto;

2 — Legalmente o voto do Estado mais fraco é igual ao do mais forte;

3 — Em consequência da regra *PAR IN PAREM NON HABET IMPERIUM*, nenhum Estado tem jurisdição sobre outro plenamente soberano (242).

Conquanto um Estado possa demandar em tribunal estrangeiro (243), não pôde, em regra, ser demandado, salvo quando aceita voluntariamente a jurisdição do tribunal estrangeiro, ou se submete a ele, demandando em tribunal estrangeiro.

(242) LAFAYETTE, § 48.

(243) PHILLIMORE, II, § 113.^a; NYS; OPPENHEIM.

H O N R A S

Como na sociedade dos indivíduos, na dos Estados ha certas distinções. Hoje essas honras não têm mais tanta importância como no passado. No século XVI e XVII discutia-se muito a precedência (244).

O Congresso de Vienna de 1815 quis regular a matéria, encontrando dificuldades insuperaveis.

T Í T U L O S

BUTLER and MACCOBY, p. 32.

Quanto aos titulos, estes existiam outrora em larga escala. Gênova e Veneza eram *serenas repúblicas*, São Marino *Serenissima República*.

Cada Estado pôde evidentemente dar ao seu chefe o título que entender (245), mas este só será reconhecido pelos outros Estados se estiver de acôrdo com a realidade. Em 1871, o rei da Prússia tomou o nome de Imperador da Alemanha; em 1877, o rei da Inglaterra tomou o título de Imperador das Índias.

O reconhecimento de titulos é facultativo, havendo numerosos exemplos de reconhecimentos tardios e de não reconhecimento.

Pedro, o Grande, tomou, em 1701, o título de Imperador da Rússia, mas esse título só foi reconhecido pela França, em 1745, pela Espanha, em 1759, e pela Polônia, em 1764.

O título de Rei da Prússia, tomado em 1701, somente em 1786 foi reconhecido pelo Papa.

Os Imperadores e Reis são Majestades, o Papa é Santidade, segundo determina o Direito Internacional. Mas, além desses titulos, existem outros que são os dados pelos Papas. O rei da França era "Rex Christianissimus"; o da Espanha, depois de 1496, "Rex Catholicus"; o da Inglaterra (1521), "Defensor Fidei"; o de Portugal (1748), "Rex Fidelissimus"; o da Hungria (1758), "Rex Apostolicus".

DIGNIDADE

Quasi todos os autores falam em Direito fundamental de reputação e bom nome. Mas tal direito não existe evidentemente. Na sociedade dos Estados, do mesmo modo que como na dos indivíduos, a reputação e o bom nome dependem do bom procedimento. O que existe no Estado é uma qualidade, a *dignidade*.

(244) *Droit de préséance — questions de préséance.*

(245) GAMA LOBO (*Pr. D. I.*, Lisboa — 1865) conceitua o *titulo* como sendo os nomes que definem a autoridade, as honras de que se acham revestidos os altos funcionários do Estado, como rei, imperador, etc. Tratamento são as denominações honorificas que se concedem ás pessoas, que gozam de certos titulos, como Majestade, Alteza, etc. (54).

Em consequência da dignidade, que é atributo reconhecido pela Família das Nações, os Estados nas suas relações observam, pelo costume, entre si, certas cerimônias, e concedem uns aos outros certos privilégios. .

Por exemplo:

- 1 — Honras e privilégios concedidos aos chefes de Estado;
- 2 — Exterritorialidade dos agentes diplomáticos;
- 3 — Respeito á bandeira;
- 4 — Cerimonias marítimos.

INDEPENDÊNCIA

LAFAYETTE, § 47.

A independência é evidentemente um direito do Estado, tendo como consequência o direito de legitima defesa, o de intercâmbio e o de jurisdição. A

independência ou a autonomia da nação é a inteira e completa liberdade de que ela goza, tanto no govêrno dos seus negócios internos, como na direção das suas relações exteriores (246).

Em Direito Internacional, usam os autores indiferentemente as expressões independência, liberdade, autonomia e soberania (247).

Observemos, com FAUCHILLE, que os direitos do Estado são limitados pelo interesse geral ou superior da sociedade mundial (297-1, pag. 510), e que a independência é limitada pela independência das outras nações (248).

DEVERES DOS ESTADOS

O primeiro dever do Estado é o de respeitar a personalidade internacional de outros Estados que com ele coexistem na comunhão internacional (GRUCHAGA),

não podendo portanto permitir que se preparem no seu território expedições contra outros Estados, ou que nele sejam ultrajados representantes dos vários Estados civilizados coexistentes na Família das Nações.

Como consequência do dever de respeito á personalidade dos outros Estados, “ os Estados não poderão adotar nome, bandeira, sêlo, ou qualquer sinal pertencente a outro” (EPITÁCIO, Código, art. 20).

O segundo dever é o de mútua assistência, especialmente em relação aos navios que se refugiam em seus portos, em caso de naufrágio, e para facilitar a administração da Justiça em matéria civil e criminal (249).

(246) LAFAYETTE, § 47; PHILLIMORE, I, § 144.

(247) LAFAYETTE, § 47, nota 1.

(248) LAFAYETTE, § 48; HALL, § 11.

(249) BEVILAQUA, I, pag. 113; CHUCHAGA, pag. 119.

O terceiro dever é o de intercuro, porque um Estado não tem o direito de se isolar dos demais. Os Estados têm o dever de intercâmbio, mesmo comercial.

Alguns autores, até o século XIX, sustentaram que a recusa, por parte de um Estado, de entrar em relação com os demais não era contrária ao Direito Internacional (250). Hoje, a doutrina que predomina é a de que o Estado não pôde se isolar (ALVAREZ, LAPRADELLE).

(Veja-se DAVIS, pag. 122, e também VATTEL, 1, II capítulo, § 24; HALLECK, pag. 404; WOOLSEY §§ 25, 63, 64; LORIMER, pag. 230; KLUBER, § 69; DE MARTENS, § 139).

Nos últimos anos, apareceu e tem se desenvolvido uma doutrina denominada “doutrina da porta aberta”, que permite a cada Estado obrigar os outros a receber seus produtos e a deixar os seus nacionais negociar em seu território.

Foram os Estados Unidos que tomaram a iniciativa dessa doutrina, aplicando-a especialmente á China (251).

O quarto dever é o de proteção aos nacionais no estrangeiro (252).

O quinto dever é o de NÃO INTERVENÇÃO. Esse dever é capital, e o seu cumprimento é condição básica para a existência pacífica da comunhão internacional.

Intervenção, segundo diz OPPENHEIM (pag. 188), é a interferência ditatorial por parte de um Estado nos negócios de outro para mudar uma ordem de coisas.

A regra em matéria de intervenção é a formulada por EPITÁCIO PESSOA: “Nenhum Estado pôde intervir nos negócios internos de outros”. Mas, se, nas relações internacionais, a intervenção é a exceção, e a não intervenção a regra (DAVIS), em que casos poderá um Estado intervir nos negócios de outros? Nunca será justa a intervenção? Quando se justificará a intervenção, e em que condições?

CASOS DE INTERVENÇÃO

LAFAYETTE, § 53.

Aí começam as divergências. Os autores justificam a intervenção em caso extremo (253) Em primeiro lugar a intervenção em legítima defesa (254).

Parece-me que tem razão DIENA (255) quando diz que a inter-

(250) GEFFCKEN S. HEFFETER, § 33.

(251) FAUCHILLE, 287-2, vol. I, pag. 487.

(252) BEVILAQUA, I, pag. 177; CHUCHAGA, pag. 120; POMEROY, § 204; HALL, § 87; SNOW, pag. 625.

(253) POMEROY, SNOW, pag. 57; DAVIS, WHEATON, § 63, etc.

(254) DAVIS, pag. 99; TWISS, § 107, etc.

(255) *Derecho Internacional*, pag. 168.

venção não pôde nunca ter uma verdadeira e própria justificação jurídica, porque, quando ésta existe, quando o Estado se ingere, se imiscue em negócios de outro, o faz para tutelar um interesse próprio, e tal ingerência não tem um caracter de intervenção.

Conclue DIENA dessa fórmula deduzindo o seu raciocínio da noção aceita por ele do dever de não intervenção: por intervenções se entende o fato de um Estado, por autoridade própria e sem título jurídico especial, imiscuir-se em assuntos internos ou internacionais de outro Estado, para impor-lhe uma determinada solução em caso de controvérsia, ou ainda uma determinada linha de proceder em relação a uma ou mais questões.

Diz DIENA que, se acima dos Estados não existe uma autoridade, não deve ser lícito a nenhum membro da comunhão internacional violar impunemente as normas desse Direito. Neste caso, quando a intervenção tenha por fim impedir ou repelir a violação dos princípios do Direito das Gentes, deve ser considerada como justificada e lícita, senão por motivos estrictamente jurídicos, pelo conceito de solidariedade que deve existir entre os Estados civilizados, e pelo interesse que a colectividade dos Estados tem em que seja mantido o respeito das normas que regulam as suas relações recíprocas, e tornam possível a sua coexistência pacífica.

Para que a intervenção, feita para impedir ou reprimir as violações do Direito Internacional, não assuma os caracteres de uma violação de todos os princípios jurídicos, é necessário que não tenha lugar pela vontade unilateral de um Estado particular, que não pôde, por si só, arrogar-se uma supremacia sobre os Estados, fazer-se juiz e executor dos atos por ele realizados.

Para que se justifique a intervenção defensora dos princípios do Direito Internacional, é necessário que ela tenha lugar em fórmula coletiva, porque só a colectividade dos Estados, a cuja vontade se deve a formação das normas do Direito Internacional, geralmente applicaveis entre os Estados da comunhão jurídica internacional, pôde ser competente para reprimir as violações do Direito Internacional.

Pôde portanto concluir-se, afirma DIENA, e com razão, que, se a intervenção é um ato anti-jurídico, não obstante deve justificar-se como meio idôneo para manter nas condições presentes da Sociedade dos Estados, o respeito das normas do Direito Internacional, quando se realize para impedir ou reprimir a violação de tais normas e sua atuação tenha lugar em fórmula colectiva (256).

(256) A intervenção em prol dos sentimentos de humanidade deve ser coletiva (HALL, § 92). Querem contudo alguns limitá-la aos Estados não civilizados (BERNARD, Non. Int., pag. 7), o que não nos parece justo (KEBEDGY, Int. 84-5).

Vamos concluir a matéria de intervenção dando a nossa opinião. A não intervenção é a regra, e a intervenção deve ser a exceção, e só se justifica em caso ertremo.

Podemos admitir a intervenção unicamente no caso de violação por parte de um Estado das normas do Direito Internacional e de atos que ofendam os sentimentos de humanidade. Mas para que se justifique a intervenção é indispensavel:

1 — Haver uma intervenção diplomática;

2 — Haver atos tão evidentemente contrários aos princípios morais universalmente acatados, perseguições tão grandes, selvagerias tão espantosas, atos tão excepcionalmente contrários aos princípios do Direito Internacional que revoltem o sentimento do mundo civilizado; e,

3 — Que a intervenção seja feita por todos os países que compõem a comunhão internacional, sem uma unica exceção (257).

A intervenção coletiva é a única que se pode justificar. Devemos notar, contudo, que a intervenção não deixa de ser coletiva quando os Estados que compõem a comunhão internacional dão mandato a um deles para intervir em nome e por conta dos demais (258). O Pacto da S. D. N. (art. 23) formúla certos princípios de natureza humanitária, e a Comissão Permanente de Mandatos dispõem de boa organização para assegurar que os Estados mandatários executem suas funções de tutela.

(Art. XI seq. 2.^a; art. III seq. 3; art. IV seq. 4; art. XXII, Trat. Versailles, art. 419, 427). E mesmo a S. D. N. já agiu eficazmente para prevenir abusos contra a humanidade, (GRAHAM, Humanitária Int., MICHIGAN, Law Review, 1924 t. XXII, pag. 324).

RESPONSA- BILIDADE DO ESTADO

Podemos afirmar que o Estado é responsavel internacionalmente. O Estado pôde modificar o Direito Interno, mas não o Internacional, e, apesar de não haver uma autoridade superior aos Estados para os punir, existem os meios garantidores do Direito das Gentes.

O Direito Internacional exige que o Estado proteja os estrangeiros em seu território, garantindo-lhes a vida, a liberdade, a honra e a fazenda. Não só os indivíduos, mas tambem a existência, a honra dos Estados estrangeiros devem gozar de proteção e amparo, bem como os chefes de Estado e os agentes diplomáticos.

(257) A intervenção em prol dos sentimentos de humanidade deve ser coletiva (HALL, § 92).

(258) Intervenção Financeira: NITTI, *Finanças*, II, 341.

A responsabilidade do Estado é determinada pelo fato de, na esfera do exercício de sua soberania, ser lesado um Direito que não poderia ser protegido senão por ele.

Solve-se a responsabilidade do Estado pela reparação, ou pela satisfação. Para que exista a reparação é preciso, em geral, que, ao ato delituoso do indivíduo, se ajunte a culpa do Estado, que ele não tenha tido as cautelas devidas.

A satisfação não exige culpa absolutamente alguma do Estado. Já a Convenção de Haya (1907), art. 3.º, dizia que “o beligerante que violar as determinações do seu regulamento pagaria compensação” Responsabilizava somente por atos cometidos por pessoas que fizessem parte das forças armadas.

OPPENHEIM trata longa e profundamente da matéria da responsabilidade do Estado e a ele nos reportamos. Contudo, devemos nos referir á matéria para nós importantíssima, qual a dos danos por operações de guerra. Expondo este tópico verificaremos, ainda que rapidamente, a transformação profunda operada atualmente no conceituar-se o critério da responsabilidade do Estado.

Esta matéria não pôde ser bem compreendida, se não houver um estudo da evolução por que tem passado a idéia do Direito do Estado sobre a propriedade dos cidadãos.

DANOS POR OPERAÇÕES DE GUERRA

Antigamente, era geralmente aceita a doutrina do domínio do soberano sobre toda a propriedade dos seus súditos. A’ medida que se enfraqueceu essa doutrina, e que o chamado domínio eminente foi sendo posto em dúvida, aumentou-se o respeito pela propriedade particular, e nasceu o *instituto da desapropriação*, que é de data recente, posterior á revolução francesa, que proclama o respeito á propriedade. A desapropriação fundada na necessidade de se limitar a propriedade, é protetora desta.

Depois da revolução francesa, consagrou-se a propriedade como sendo um direito garantido pela lei constitucional. Essa promessa, porém, foi sempre limitada pelos poderes de polícia, e assim, ainda mesmo na sua obra DIREITO DAS COISAS, LAFAYETTE firma o princípio de estar sujeito quanto pertence aos particulares a ser limitado em seu uso pelas obrigações dos poderes municipais, sem ficar por tal obrigado o poder a uma indenização. Em se tratando dos atos pelos quais é destruída ou danificada pelo Estado a propriedade particular, diz LAFAYETTE que a doutrina vigente, quando escreveu o seu Tratado de Direito Internacional, isto é, em 1902, era a de não ser o Estado obrigado a ressarcir os danos sofridos pelos particulares, se causados pela necessidade de pacificar tumultos e dominar revoluções ou guerras civis, mas ajunta que desejavel seria

que o fosse (I,376). Parece-me porém que a questão não pôde ser colocada neste pé. Não se trata de responsabilidade por ato ilícito. Sabido é que não ha responsabilidade sem culpa. Um deles é o da inversão da presunção da culpa, preceituando a lei que as estradas de ferro, por exemplo, sejam obrigadas a provar não terem tido culpa do desastre ocorrido.

Tambem foi sustentado, em caso analogo, que ao patrão era que deveria incumbir a prova de não ter sido o desastre ocorrido por culpa dele, mas sim por caso fortuíto, o u por culpa do empregado.

O segundo caso é o que foi explicado pela suposta responsabilidade objetiva. Mas hoje explica-se como sendo um risco de negócio, e no risco de negócio assenta o instituto da compensação dos accidentes no trabalho.

Assim, pois, não se deve falar em responsabilidade do Estado pelos danos que determinar em luta civil ou externa, como sendo regida pelos princípios que regulam a indenização por atos ilicitos.

Ao caso melhor é aplicar o princípio da desapropriação, segundo o qual é lícito ao Estado, em dadas hipóteses, dispor da propriedade particular por necessidade ou utilidade pública. Indiferente é que o Estado peça a propriedade imovel pelo processo de desapropriação, mais ou menos moroso, que temos, ou que requisite bens móveis ou imóveis no momento de uma guerra ou de comoção intestina.

O nosso Código Civil ligou os dois casos nos arts. 590 e 591. Pela sua amplitude, é bem claro que o art. 591 abrange não só o emprego da propriedade movel, mas tambem o da imovel. Diz o art. 591 que, em casos de comoção intestina ou de guerra, poderão as autoridades usar da propriedade particular até onde o bem público o exija.

Si é lícito á autoridade militar cortar forragem para seus animais, tomar alimentos para as fôrças, apoderar-se de munições pertencentes a particulares, por que motivo não lhe será facultado tomar um imovel, afim de dispor dele, seja para abrigo, seja para forte, seja para destruí-lo ao intento de conseguir uma pontaria destinada a desalojar ou destruir o inimigo? .

Diz CLOVIS, ao comentar este artigo, que a hipótese não é de desapropriação, a qual extingue o direito de propriedade, mas é de uso da propriedade, salvo o caso de ser a requisição de coisas consumiveis. Ora aí está ao menos um caso em que é manifesta a passagem da propriedade do domínio do particular para o Estado. Ainda pois que não haja sinão uso da propriedade particular, ainda quando a substância da coisa seja conservada, ainda quando só haja uma deterioração pelo uso normal da coisa, á especie devem ser applicados os princípios da desapropriação. Julgo, pois, que o art. 591 rege precisamente o caso de tomada de propriedade imovel para dela

usar ou para destruir, para o uso, ou para o abuso no sentido jurídico e técnico deste último vocábulo. Entendo pois que o Estado deve pagar, como tendo sido desapropriado, todo imóvel, ou todo móvel que houver requisitado solenemente, ou que tenha tomado sem requisição por força da necessidade pública, e julgo que o art. 591 veio acudir ao desiderato de LAFAYETTE.

Desapropriação no sentido técnico e restricto só se aplica a imóveis, como se vê nos arts. 590 e 591 do Código Civil. Isto, porém, não impede que sejam seus princípios estendidos às requisições e aos danos sobre móveis.

Tem a maior importância no caso o preceito da lei interna. E' assim que OPPENHEIM, ao estudar o assunto da responsabilidade do Estado pelos danos á propriedade particular consequentes ás guerras civis ou externas, lembra que a França paga todos, quer tenham sido ocasionados por ela, quer pelo inimigo interno ou externo.

Abaixo se verá a que titulo tem ela feito tais pagamentos. Também importância capital têm os tratados. E' esse mesmo OPPENHEIM que lembra que diversas repúblicas sul-americanas, em que são frequentes as revoluções e tumultos, têm convencionado, em seus tratados relativos á imigração, que não respondem pelos danos resultantes dessas perturbações da ordem pública, hipótese em que desaparece qualquer dúvida, porque o contrato faz lei entre as partes.

Fóra, porém, da legislação interna brasileira, que é do maior interesse para nós, ha a considerar as leis da guerra estabelecidas pelo Instituto de Direito Internacional de Oxford, em 9 de outubro de 1880.

Dizem essas regras, nos art. 54 e segs., que a propriedade particular deve ser respeitada, e que, quando tomados meios de transportes (barcos, carros, etc.), telégrafos, fábricas, cumpre que sejam restituídos após a terminação da luta no estado em que foram recebidos, e, se impossivel, com indenização do estrago sofrido.

Resta ver o espirito que anima o Direito Internacional moderno a este propósito. OPPENHEIM occupa-se com os atos dos revoltosos e com a responsabilidade do Estado pelos atos de seus prepostos. Firma em opposição que a regra de outrora era a de que os beligerantes podiam se apropriar dos bens públicos e privados do inimigo, mas que tal regra, hoje obsoleta, foi substituída pela aceita no Regulamento de Haya, art. 46, onde se firmou que a propriedade particular não pôde ser confiscada.

Lícito é ajuntar que este artigo fala duas vezes no respeito á propriedade particular, e que a coloca ao lado do direito de vida.

Quanto á propriedade do inimigo, aceitando a tradicional classificação, fala OPPENHEIM em imóvel e móvel. A imóvel pôde ser tomada unicamente para servir de hospitais, alojamento sem indenização por parte do occupante.

Os moveis podem ser requisitados, mas com compensação, após a celebração da paz.

Antigamente, pelo princípio de que “a guerra deve sustentar a guerra”, assim como, no processo, o vencido paga as despesas, assim também era o vencido quem solvia o dispêndio da luta cruenta. Tormando-se, porém, mais difícil o sustento do exército fóra do país, começou a dar-se um abrandamento de tal princípio no correr do século dezessete.

OPPENHEIM e os demais escritores distinguem a requisição da destruição dos bens dos inimigos por necessidade, pois que a por simples desejo de fazer mal ao inimigo é proibida pelo artigo 23 do Reg. de Haya. Dizem que só a requisição dá lugar a uma indenização. Essa distinção é que, conquanto geralmente aceita, não me parece justa.

DAVIS vae mesmo até quasi confessar a injustiça dessa maneira de tratar a matéria. Referindo-se á occupação da propriedade inimiga, diz DAVIS que não consagra o Direito Internacional a obrigação de a indenizar, e ajunta que, só por política, e não por princípio de justiça rigorosa deve ser paga a propriedade do inimigo. Mas o que é digno de menção é que afirma que, iliberal e injusta como é esta prática, foi entretanto aceita universalmente por todos os tratadistas de Direito Internacional, e recebeu deles a sanção, embora muito a contragosto (pag. 307).

Em se tratando de propriedade de súdito ou de estrangeiro residente, que é equiparado ao súdito, o Direito Internacional reporta-se ás leis locais, ponto importantissimo, seja dito de passo, é esta equiparação do nacional ao estrangeiro. Todavia distingue ele entre a propriedade tomada ou requisitada para uso público, e a que é destruída pelo bombardeamento, ou por outras operações de guerra: ha indenização no primeiro caso, mas não no segundo.

Esta distinção é, a meu ver, absolutamente destituida de fundamento: não vejo como distinguir entre a propriedade tomada antes de um combate e a que é occupada ou destruída em uma operação militar.

É digno de observação que os internacionalistas, em geral, são de opinião que ás revoltas deve ser applicado o Direito Internacional tanto quanto é possível, mesmo que os revoltosos não tenham sido reconhecidos beligerantes.

A beligerância dos revoltosos é outra questão que é examinada pelos internacionalistas, e, em geral, estão todos de acôrdo em que, desde que os revolucionários, se estabelecem em um território e constituem um govêrno devem ser reconhecidos como beligerantes. Uma nota final, porém, é importantissima, e vem a ser que tudo

quanto acaba de ser dito é no suposto de terem sido guardadas na guerra as leis consagradas pelo uso e pelos tratados.

Assim como no Direito Interno, a violação de preceitos de polícia torna o ato culposo, assim também os atos, mesmo sem cunho de dolo, que foram praticados em contravenção das leis da guerra constituem em responsabilidade o Estado que desrespeitou os princípios de Direito Internacional relativos aos meios de ataque e de defesa.

Caso diverso é o da responsabilidade do Estado por atos de revoltosos ou do povo amotinado ou da população que saqueia durante as revoltas ou guerras.

Os princípios do Direito Interno, relativos á culpa são inteiramente applicaveis á hipótese. Se o Estado teve culpa por não ter usado da diligencia que o Direito exige para a isenção de responsabilidade pelos atos de outrem, pagará o prejuizo.

No caso contrário, sua isenção de responsabilidade pelo ocorrido é inegavel. E' de repetir que, conquanto pareça, em vista do que é disposto no Direito Interno a este respeito, e quiçá para evitar a questão de fato, costumam alguns Estados consignar em tratados de imigração a sua não responsabilidade pelos atos de revoltosos ou do povo. Neste caso, deve dar-se a applicação das regras do Direito Interno que regulam o convencionado sobre tais matérias.

Note-se que não é questão, em tal hipótese, de ato do Estado, de operação do poder constituido, de autoridade, e sim de violência da massa popular que muito difere do Estado: ninguem é capaz de confundir Estado com povo, e menos ainda com uma multidão sublevada, assim como é difficil haver quem confunda nação com povo e com Estado.

Em conclusão, pois, fique bem assentado que a indenização devida nos casos de desapropriação (de imóveis) e de requisição (de móveis e de imóveis) paga-se pela destruição da propriedade particular nos casos de guerra, e que a indenização, quando não é estatuída em tais circunstâncias, pelas leis internas, é prescrita pelos princípios do Direito Internacional, conforme a actual concepção da solidariedade dos cidadãos.

MIGUEL CRUCHAGA, que escreveu em 1899, mostra a evolução por que estava a passar, a esse tempo, o pensamento jurídico e aponta as opiniões de FIORE, VATEL, CALVO e outros, contrários todos a pagar-se a destruição da propriedade particular pelas operações de guerra. Refere que a França sempre fez questão de deixar bem claro que, se pagava os prejuizos sofridos pelos particulares, o fazia unicamente a título de socorro, e de nenhum modo por força de obrigação de indenizar.

O que parecia justo a CRUCHAGA era distinguir atos propriamente de guerra, equiparados á fôrça maior, os quais não geram dever de

indenizar, salvo o caso de inutilidade da operação, e atos voluntários e deliberados do beligerante, que determinam tal indenização.

Longe estava ele ainda da doutrina que veio a prevalecer após a grande guerra. De 1914 a 1919, promulgou a França diversas leis consagrando o princípio da indenização por quaisquer prejuízos provenientes de operações militares.

Do mesmo modo que, no caso de acidentes no trabalho, não foi a indenização assentada na culpa do Governô, mas “na igualdade e na solidariedade de todos os franceses nos encargos da guerra”.

Com efeito, assim como ha os riscos do negócio, assim como é repugnante á nossa consciência que um operário e sua família cáiam na miséria, por um acidente no trabalho, quando o patrão, sem culpa, é certo, está na opulência, assim como se estabeleceu a solidariedade do patrão e do operário no trabalho, na luta pela produção da riqueza, assim também é natural que se reconheça não ser justo salvar-se a pátria á custa apenas de um ou de outro cidadão, que bem pôde ser indenizado por todos os interessados na defesa do país, na repulsa aos ataques ao solo sagrado da pátria. É este o fundamento da indenização por atos em que a comunhão nenhuma culpa tem.

Interessante é lembrar que VATTEL dizia que uma indenização desse genero resultaria em esgotamento do Tesouro Público, tornando-se necessário um imposto para acudir a tão extraordinárias despesas.

O mais admiravel, porém, é dizer VATTEL ser isso impraticavel. De nenhum modo. Todos sabemos que os impostos por guerra são sumamente comuns. Até recentissima data tivemos nós brasileiros de pagar impostos pelas despesas da guerra do Paraguai. Justamente, pois, as premissas de VATTEL levaram a França a tirar delas uma conclusão diametralmente oposta: se para indenização dos danos nascidos da culpa da necessidade de uma indenização, se ésta indenização exige um imposto, concorrendo assim todos com uma pequena parte para a salvação comum, se essa indenização esgota o Tesouro Público, em vez de dizer, como disse VATTEL, que tal medida de um imposto especial para pagamento dos danos é impraticavel, disse a França que é realizavel, e que é o justissimo tributo devido por todos, por ser nascido da solidariedade que deve ligar todos os membros da communhão social. E’ a verdade proclamada pela lei francesa de 17 de abril de 1919.

E’ tempo de considerar um fossil a doutrina segundo a qual os atos do soberano não podem dar lugar a uma responsabilidade, nem gerar direito a uma indenização: é tempo de deixar a doutrina do domínio eminente, segundo a qual o soberano era senhor de todos os bens de seus súditos, doutrina que é mesmo impotente para explicar a desapropriação, salvo se for estabelecido que não tem o par-

ricular direito á indenização. E' tempo de se proclamar que todos os cidadãos de um país devem concorrer igualmente para a defesa da pátria, com sua pessoa e com seus bens: a destruição da propriedade de um em proveito de todos deve ser compensada por uma indenização ao que viu seu bem sacrificado, embora sem culpa da parte da comunhão. E' a única doutrina aceitavel, é a única que se deduz logicamente da obrigação de pagar o Govêrno tudo quanto requisita, é a única compativel com o princípio da indenização de imóveis desapropriados e de móveis ou imóveis requisitados. Tanta razão ha para se indenizar o particular pela perda do imovel que se desapropriou ou que se requisitou, antes do começo do combate para o serviço de guerra, ou do movel que se requisitou antes do início das operações militares, como para se pagar o bem que se destruiu no curso de uma batalha, sem prévia requisição.

Coerência só ha nesta doutrina. Os antigos, FIORE, CALVO, VATTEL e outros eram de uma incoerência que assombra. Causa admiração o seu ilogismo.

Pareceres

Refórma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo

(P A R E C E R) (*)

Gabriel de Rezende Filho
S. Soares de Faria
Francisco Morato

Não é preciso encarecer a importância da organização judiciária, pois impossível é a vida dos homens em sociedade sem que os seus direitos e interesses sejam eficazmente amparados pelo Poder Judiciário.

Aliar à simplicidade e segurança na repartição das atribuições jurisdicionais entre os órgãos diretos da Justiça a aplicação de certos princípios capazes de impedir a morosidade no trato e decisão das lides — eis o ideal em matéria de organização judiciária.

Obra complexa, todavia, condicionada como se acha, pelas condições e forças do erário público, que ha de fazer face às enormes despesas que a manutenção de um bom aparelho judiciário acarreta.

Examinando-se a organização do Estado de São Paulo, verifica-se que, desde o albor da República, grande foi a preocupação dos nossos estadistas — como se infere dos vários projetos e das leis sucessivas — em dotar o nosso Estado de um eficiente aparelhamento judiciário, obedecendo aos ensinamentos dos mestres a propósito do assunto.

(*) Parecer da comissão designada pelo diretor da Faculdade de Direito e aprovado pela Congregação, em sessão de 10 de setembro de 1941.

Vale a pena recordar, ligeiramente, os aspectos principais da evolução da nossa organização judiciária, especialmente quanto à investidura e distribuição dos órgãos diretos do Poder Judiciário.

Proclamada a República, São Paulo cuidou imediatamente de modificar, como, aliás, o exigia, o sistema introduzido pela Constituição de 24 de fevereiro de 1891, instituindo, par a par, a justiça federal e a justiça local, a velha organização judiciária que nos legara o Império.

Suprimindo os termos e os juizes municipais, a lei n.º 80, de 25 de agosto de 1892, dividiu o Estado em comarcas e distritos de paz.

Nas comarcas funcionavam os juizes de direito e, nos distritos, os juizes de paz.

Determinou a citada lei a competência destas autoridades judiciárias, regulando os casos e a forma de substituição dos juizes de direito pelos juizes de paz.

O Tribunal de Justiça, de segunda instância, tinha a sua séde na Capital e estenderia a sua jurisdição sobre todo o território do Estado.

Mantinha-se, assim, a tradição: juizes singulares na primeira, e juizes colegiais, na segunda instância.

Com o tempo, porém, foi sentida a necessidade de ser aperfeiçoado o aparelho judiciario, principalmente quanto à substituição dos juizes de direito e à diminuição do serviço do Tribunal de Justiça.

A experiência indicava que era conveniente afastar os juizes de paz da função de substitutos dos juizes de direito, porque tais juizes, em geral leigos e eletivos, meros instrumentos dos partidos políticos, constituíam quasi uma calamidade, uma vez elevados às funções de juizes togados.

Dentre as tentativas que, por essa época, se fizeram para a refôrma da nossa Justiça, cumpre destacar o projeto do dr. SOUSA LIMA, sobre o qual se pronunciou, em 1897, a Congregação desta Faculdade, por intermédio de uma Comissão composta dos saudosos e eminentes Profes-

sores JOÃO MENDES JUNIOR, BASÍLIO RODRIGUES DOS SANTOS e RAFAEL CORRÊA DA SILVA.

Este projeto, visando melhorar o aparelhamento judiciário do Estado, quanto à substituição dos juizes de direito e à diminuição do serviço do Tribunal de Justiça, aventava a criação dos juizes substitutos e a de circúitos de comarcas, com tribunais de circúito.

Os juizes substitutos teriam por função substituir os juizes de direito, em suas ausências e impedimentos.

Com tal inovação, os juizes de paz, embora continuando a exercer funções jurisdicionais em seus distritos e dentro de sua alçada, não seriam mais convocados para substituir os juizes togados.

Os circúitos de comarcas compreenderiam várias comarcas, tendo por séde uma delas.

E nos doze circúitos, em que o Estado se dividiria, instalar-se-iam tribunais civis e criminaes, compostos de juizes de direito de cada circúito, em número não inferior a sete e nem superior a doze.

Cada tribunal, tendo, como Presidente, o juiz de direito da séde do circúito, reunir-se-ia, durante cinco dias, nos meses de fevereiro, máio, agosto e novembro.

Os juizes de direito, que houvessem funcionado na causa em primeira instância, não teriam voto por ocasião do julgamento dos respectivos recursos.

Quanto à competência, os Tribunais de circúito julgariam as apelações das sentenças dos juizes de direito do respectivo circúito, em feitos de valor não excedente a 5:000\$000.

Sem embargo das excelentes medidas deste projeto, não as aceitou a aludida Comissão de Professores da Faculdade, justificando-se com argumentos bastante interessantes.

Em relação aos substitutos, a Comissão talvez haja discordado de sua criação, pelo excessivo formalismo do projeto quanto à convocação e efetivo exercício de tais auto-

ridades, o que, parece, ocasionaria a procrastinação das demandas.

Mas, o que de todo não agradou à Comissão foi a idéia dos tribunais de circúito.

Entre outros inconvenientes, apontava a Comissão a fatal diminuição da confiança nas decisões e da autoridade da jurisprudência, mercê da inevitavel variedade de acórdãos proferidos por doze tribunais regionais, e, ainda, a possibilidade de mais demorada se tornar a solução dos recursos, dado o exíguo prazo marcado pelo projeto para as sessões dos referidos tribunais.

O parecer, neste ponto, era incisivo: “Não ha publicista algum que, tratando de determinar as condições de uma boa organização judiciária, deixe de assinalar, como resultado de todas as meditações e experiências, o seguinte: convém multiplicar os distritos de jurisdição de primeira instância, afim de que haja juiz próximo do domicílio das partes; convém reduzir, tanto quanto possível, o número dos distritos de jurisdição de segunda instância, afim de que os juizes superiores estejam arredados do domicílio das partes. A imparcialidade dos juizes superiores será mais segura, si estiverem afastados do teatro em que os negócios tiveram origem, porque estarão sobranceiros às perigosas sugestões de localidade. Aplicando tais considerações aos circúitos de comarcas, facil é comprehender quão pouco segura estará a isenção dos juizes de direito que compõem o respectivo Tribunal; as mesmas influências locais, que preponderam nas comarcas e quasi sempre são a causa de injustiças na primeira instância, facilmente estenderão ao circúito a sua ação deletéria; por outro lado, não é conforme à índole humana reformar a sentença de um colega, que, conquanto não vote, está presente ao Tribunal, coagindo os outros na discussão, impedindo, em summa, a liberdade na verificação e declaração dos erros do processo e da mesma sentença; além disso, sob o pretexto de recíproca fôrça moral, não raras vezes será sacrificado o direito dos recorrentes; e, quando assim não seja, essa reu-

nião de juizes de igual categoria, fiscalizando-se reciprocamente, dará em resultado muitos votos dados mais por espirito de emulação do que por espirito de justiça. Acrescente-se a tudo isso a vacilação que fatalmente surgirá das decisões desses doze Tribunais, quer no modo de considerar as relações de direito, quer no modo de discernir as regras que as dominam, quer na apreciação e solução das incertezas que obscurecem os elementos da decisão, produzindo uma diversidade de estilos e arestos em prejuizo da uniformidade da jurisprudência; esse resultado pernicioso será consequência, não só da natural falibilidade, não só das referidas contingências locais, como também, segundo a expressão de BACON, *propter emulationem curiarum*".

Em 1911, o Presidente do Estado, Conselheiro RODRIGUES ALVES, encarregou o sábio mestre JOÃO MENDES JUNIOR de reorganizar a nossa justiça.

Apresentou o eminente jurista um trabalho notavel pela sua simplicidade e perfeita compreensão das nossas necessidades.

Conservava o projeto de JOÃO MENDES o tradicional sistema da divisão territorial do Estado em comarcas e distritos de paz, mantendo o Tribunal de Justiça, como único Tribunal de segunda instância, dividido em duas Câmaras, a Civil e a Criminal.

A sua principal inovação era a da exigência do exame de suficiência dos candidatos à magistratura.

Observe-se, de passagem, que a Constituição paulista de 14 de julho de 1891 estabelecia, para a primeira investidura no cargo de juiz de direito, o concurso de provas, mas esta disposição fora revogada pela refôrma constitucional de 9 de julho de 1895.

O exame de suficiência, planejado por JOÃO MENDES, seria prestado todos os anos perante o Tribunal de Justiça, em duas épocas, compondo-se a respectiva Comissão do Presidente do Tribunal, de dois desembargadores e de dois advogados.

Os candidatos seriam classificados em habilitados e inhabilitados, cumprindo ao Governo fazer as nomeações de acôrdo com a lista dos habilitados que lhe seria enviada, após os julgamentos, pelo Tribunal.

Não haveria graduação propriamente entre as comarcas, classificadas em três entrâncias; apenas, para o efeito da investidura, os juizes começariam a carreira em comarcas de primeira entrância.

Apezar de estabelecer o projeto a substituição recíproca dos juizes de direito, em suas ausências e impedimentos, continuaria a praticar-se o sistema de se entregarem aos juizes de paz os atos informatórios e ordinatórios do juizo, quando assumissem as funções de juiz togado.

Fiel às suas idéias, manifestadas no parecer de 1897, a que ha pouco aludimos, JOÃO MENDES manifestou-se contrário, no seu projeto de 1911, à criação dos cargos de juizes substitutos e de tribunais regionais de segunda instância.

O trabalho do mestre sofreu várias críticas e não pequena opposição no Congresso do Estado, acabando, afinal, por ficar esquecido numa das pastas da Comissão de Justiça da Câmara dos Deputados.

Só em 1921 foi possível a reorganização judiciária do Estado.

Neste ano, promulgou o Presidente WASHINGTON LUÍS a lei n.º 1.795, de 17 de novembro, cujos pontos culminantes eram a exigência do concurso de provas e títulos para o ingresso na magistratura e a criação da classe dos juizes substitutos.

Ao par destas inovações, devemos salientar também a delimitação dos casos de substituição dos juizes de direito pelos juizes de paz, pois os substitutos passaram a exercer, quando convocados, as funções jurisdicionais com plenitude em vários casos, e com restrições em outros, segundo o sistema da referida lei.

Classificadas as comarcas em entrâncias, exigiram-se algumas condições, entre elas o estágio, para o acesso na carreira.

Demos com esta lei, sem dúvida alguma, um passo adiante na melhoria do nosso aparelho judiciário, e quando tudo indicava que os nossos legisladores só haveriam de retocá-la em pontos secundários, si mistér se fizesse, surgiu a lei n.º 2.186, de 30 de dezembro de 1926, que nos fez retrogradar, de certa maneira, para os tempos imperiais.

Com efeito, preocupado o legislador com a necessidade de aliviar o intenso trabalho do Tribunal de Justiça, resolveu criar a classe dos juizes preparadores, outorgando também, em certos casos, competência aos juizes de direito para decidirem recursos, em última instância.

Os juizes preparadores, com exercício na Capital e nas comarcas de terceira entrância, preparavam os feitos de valor inestimavel ou de valor superior a 5:000\$000, reservando-se o seu julgamento aos juizes de direito; e tinham competência para conhecer e julgar os feitos de valor até 5:000\$000.

Os juizes de direito, por sua vez, julgavam os recursos das sentenças proferidas, dentro de sua alçada, pelos preparadores.

Nas comarcas de primeira e segunda entrâncias, onde não havia preparadores, cabia aos juizes de direito julgar os recursos das sentenças proferidas por juizes de direito das comarcas vizinhas em feitos de valor não excedente a 5:000\$000.

Este sistema não produziu, porém, bons resultados, porque caótica se tornou a jurisprudência, mercê da variedade de decisões proferidas por juizes de direito em matéria de recursos, ferindo, ademais, em cheio, o clássico princípio de que os recursos devem ser julgados por juizes colegiais.

Tais foram os reclamos da opinião pública, que o Congresso do Estado reorganizou, mais uma vez, a nossa justiça, por meio da lei n.º 2.222, de 13 de dezembro de 1927, suprimindo os juizes preparadores e concentrando no Tribunal de Justiça o serviço de segunda instância.

Algumas leis posteriores têm modificado o aparelho judiciário do Estado, principalmente após o movimento revolucionário de 1930, seja aumentando o número de juizes de primeira e de segunda instância, seja suprimindo a função jurisdicional dos juizes de paz, seja alterando, em pontos secundários, a citada lei n.º 2.222.

Tais alterações, todavia, não carecem ser mencionadas, pois não implicaram em modificação substancial do nosso sistema judiciário.

* * *

O novo Código de Processo Civil determinou a necessidade de se adaptar a nossa organização judiciária às suas exigências.

Com efeito, inspirando-se em princípios publicísticos e adotando, embora de maneira atenuada, o sistema da oralidade, exige o Código a presença do juiz nas audiências de instrução e julgamento — fase máxima das causas — impondo-lhes, além disso, o dever de despachar e setenciar em prazos curtos e peremptórios.

O decreto lei n.º 11.058, de 26 de abril de 1940, que reorganizou a nossa justiça, procurou atender a estes imperativos, tanto quanto possível, dentro das forças do erário público.

Criaram-se, na Capital, três Varas de Juizes dos Feitos da Fazenda Federal, Estadual e Municipal e a classe dos juizes-adjuntos.

O Tribunal de Apelação foi dividido em duas Secções, a Civil e a Criminal. A Civil, sub-dividida em dois Grupos de Câmaras, cada um deles com duas Câmaras; e a Criminal sub-dividida, por sua vez, em duas Câmaras.

A experiência de um ano já demonstrou que ha conveniência em modificar o decreto n.º 11.058 em vários pontos.

A comissão oferece as seguintes sugestões para a reorganização da nossa Justiça, que foram apresentadas ao Governo do Estado por um de seus membros, o Professor dr. FRANCISCO MORATO.

“Achamos defeituosa e mal inspirada a citada lei em vários de seus tópicos, como adiante salientaremos, tomando apenas alguns dos mais importantes e dos que mais inconvenientes se têm revelado na prática forense.

Acima de tudo e em primeira plana lembramos uma idéia geral, que implicaria a abrogação de todas as leis paulistas de organização dos serviços de justiça, idéia pela qual temos propugnado de ha muito e que reputamos à altura do movimento judiciário e da grandeza sempre prosperada e irreprimível do nosso Estado: a criação de *Tribunais Regionais*.

E a idéia que em princípio e larga visão pregaram SOUSA LIMA e o grande RAFAEL CORRÊA DA SILVA, quando aconselhavam o Estado a enfrentar o problema de um modo definitivo, com a coragem e consciência de sua responsabilidade no seio da Federação; única de molde a evadir as contínuas refórmãs retalhadas e de emergência, única que traz em seu bojo a estrutura, a plasticidade indispensavel para acomodar-se às mutações no círculo do tempo e do espaço, como simples retoque de fórmula, sem sacrifício do seu fundo orgânico.

Em suas linhas mestras, esboçar-se-ia o plano em debuxo singelo: os *juizes de direito*, preparando e julgando feitos até determinada alçada; os *Tribunais Regionais* preparando e julgando as causas acima dessa alçada, bem como decidindo os recursos das sentenças e despachos dos juizes de direito; o *Tribunal de Justiça*, desempenhando certas funções privativas, conhecendo dos recursos dos *Tribunais Regionais* e revendo, em restritas hipóteses, os ares-tos dos Tribunais Regionais, em recurso das decisões dos *juizes de direito*.

Seria o projeto SOUSA LIMA, semelhante no pensamento fundamental, mas diverso na instituição, composição e funcionamento dos órgãos judicantes, a saber:

Conservar-se-iam os *juizes de direito de comarca*, assim como os das Varas de Família e dos Feitos da Fazenda Federal, Estadual e Municipal da Capital (os daquelas e os

destas com competência cumulativa dentro das esferas de sua jurisdição) todos competentes para o processo e julgamento das causas dentro de determinada alçada; com recurso para o respectivo Tribunal Regional, salvo das sentenças dos juizes de direito da Capital, nas causas em que fôr interessada a União, como autora, ré, assistente ou oponente, em que não haverá alçada e o recurso será direto para o Supremo Tribunal Federal (*CONSTITUIÇÃO, art. 109*).

Criar-se-iam os *Tribunais Regionais* de três juizes, pelo grupamento de tantas comarcas quantas reclamarem os respectivos movimentos forenses, investidos de competência para julgar os recursos de primeira instância, processar e julgar as causas excedentes da alçada dos juizes de direito, com recurso para o Tribunal de Justiça. Aos três juizes caberia cumulativamente, mediante distribuição, o expediente e preparo do feito de sua alçada.

O *Tribunal de Justiça* ficaria na cúpula, com competência privativa para o processo e julgamento das questões que lhe cabem pelas leis vigentes, para os assuntos administrativos de sua alçada, para o julgamento dos recursos dos Tribunais Regionais e para decisão, em instância de revisão, dos arestos definitivos dos mesmos Tribunais em recurso das sentenças dos juizes de direito, quando o julgado fôr de manifesta injustiça ou implicar contradição na jurisprudência.

O *Tribunal de Justiça* dividir-se-ia em Câmara Civil e Câmara Criminal. Funcionaria em sessão plena ou sessão de Câmara. O julgamento de Câmara seria por turmas, como se pratica atualmente, ou por turnos, com a presença de todos os desembargadores, facultado a estes intervir nos debates; coisa perfeitamente possível com a redução dos serviços e que prestigiará enormemente, assim as decisões proferidas como o próprio Tribunal.

Dada a relação íntima entre a lei de processo e a de organização judiciária, ambas partes integrantes da processualística ou direito judiciário, talvez conviesse sobreestar

o projeto com este sistema visceralmente novo, à espera do novo Código de Processo Criminal, que deve aparecer breve para execução do Código Penal a vigorar de 1.º de janeiro em diante.

A reforma não acarretará aumento demasiado de despesas, pois, com o aproveitamento de alguns desembargadores para presidentes dos Tribunais com sede na Capital e dos juizes adjuntos promovidos para as varas que se vagem pelos chamamentos dos seus titulares para o Tribunal de circúito, o acréscimo de órgãos judicantes será nulo ou de pequena monta.

São Paulo, no esplendor de sua opulência e cultura, no zelo e carinho com que lhe cumpre manear o serviço da justiça, sem demasiada avareza neste relevante capítulo da administração pública, pode e deve afrontar a grande reforma, resoluta e corajosamente.

* * *

Suposto que não convém acolher a idéia por motivos de oportunidade ou economia, lembraremos algumas medidas parciais, dentro do sistema vigente e particularmente em face da lei 11.058 de 1940.

E' a primeira a supressão dos juizes adjuntos e, compensatoriamente, a criação de mais oito varas cíveis na Capital.

A criação de adjuntos, recrutados entre magistrados de primeira e segunda entrâncias, promovidos à Capital, sem estágio nem observância da escala hierárquica, com atribuições judicantes quasi tão vastas e importantes como as dos juizes efetivos, foi um invento desastroso, que, sobre quebrantar o critério paritário do preparo e assunto profissional, havia de dar, como deu, os peiores resultados. Não ha porventura uma só voz que o não condene, entre os que exercitam nas lutas do magistério e dos auditórios da justiça, embora entre os adjuntos haja varios de alta competência e valor.

O problema político da estabilidade destes funcionários se contornaria sem embaraço algum, com a promoção de uma parte deles para as comarcas de terceira entrância que se vagariam e de outra parte como preparadores dos juizes criminaes aqui da Capital.

Está subentendido que se extinguiriam igualmente os adjuntos das comarcas, onde, ao luxo de mais de uma vara, se acrescenta a liberalidade destes órgãos auxiliaentes.

Onde as varas existentes forem insufficientes para os trabalhos, criem-se novas.

Lembrariamos outrossim que, criando-se, além das oito varas cíveis novas, duas das famílias e sucessões, como pensa o Conselho da Ordem dos Advogados, seria de rigor criar-se igualmente mais um cartório desta especialidade.

Lembrariamos ainda que se prescrevesse para os juizes de direito prazo de expediente mais dilatado do que observam na Capital.

Lembrariamos por último se retificasse ligeiramente a classificação das comarcas, de tal arte a corrigir a flagrante desigualdade de manter-se como de segunda entrância comarcas que evidentemente deveriam estar na terceira, quais sejam Piracicaba, Araraquara, Sorocaba, São Carlos e Jundiáí.

Esta desigualdade ou injustiça melhor se saliente si o seguinte se considera e particulariza: Piracicaba com uma vara tem movimento forense igual ao de Ribeirão Preto com duas varas e um adjunto; entretanto esta é de terceira entrância e aquela de segunda.

Si o Govêrno quizer ouvir a este propósito o parecer do Presidente do Tribunal de Apelação e do Corregedor Geral, que são os que por ofício têm mais conhecimento da matéria, para logo ha-de verificar a procedência de nossas arguições”.

Sobre fundação

(P A R E C E R)

S. Soares de Faria

No testamento de D. H. ha uma disposição em que institue duas fundações, sendo uma em S. Paulo, para a qual, entre outros destinou

os remanescentes dos seus bens.

Ainda, por declaração expressa, considerou instituida a fundação, deixando a cargo dos seus testamenteiros as minucias da instalação, organização e manutenção, especificando as pessoas que deviam ser beneficiadas.

Isto posto, pergunta-se:

1.º — Essa disposição encerra um legado ou é uma verdadeira instituição de herdeiro?

2.º — E válida a disposição, deve ser tida como herdeira a Fundação organizada e instalada de acôrdo com os preceitos do testamento?

AO PRIMEIRO

A questão é hoje pacífica e a solução que consagra a segunda hipótese já tem a sanção da nossa Côrte de Apelação. De feito, não se trata de legado, porque a testadora deixou à Fundação, não sómente bens certos e determina-

dos, mas a totalidade de seus bens, com dedução dos legados. A sua fortuna foi distribuida parte em legados, mas a parte restante, o *remanescente* de seus bens foi deixada à Fundação, e justamente a deixa assim formulada constitue, no dizer de DIAS FERREIRA, a *essência da instituição de herdeiro*.

A Fundação é, pois, por fôrça dessa disposição, herdeira e não legatária, herdeira dos *remanescentes*, da totalidade dos bens, da sua universalidade, após a dedução dos legados.

E' ainda, e no conceito de notavel monografista, herdeira universal, porque

“Se poi il testatore, dopo aver scritto legati a titolo particolare o di complessi di cose, determinate in concreto, chiuda le sue disposizioni, dichiarando di lasciare il resto dei suoi beni, il *di più* dell'eredità o della sostanza ereditaria ad un Sempronio, si avrà ancora una disposizione a titolo universale, e questa pure dovrà dirsi *di residuo*, *perchè* comprenderà tutta la restante sostanza ereditaria, meno quelle parziali detrazioni che formeranno oggetto dei legati”. (V. VITALI, *Delle Successioni*, II, n.º 1379).

E já anteriormente, no n.º 1.378, o mesmo VITTORE VITALI assinalava ser indubitavel tratar-se de uma disposição a título universal

“dappoichè il lasciato di tutto il resto del patrimonio, cioè dell'eredità o dei beni, non comprende un'aliquota di una cosa particolare o di un complesso di singoli oggetti, come di mobili o di immobili determinati *loco et natura*, mas di una universalità o totalità di cose; la quale è suscettiva di aumento e di diminuzione: e, sebbene possa sotto di sè comprendere cose particolari, nondimeno di

queste si fa astrazione, sostanzandosi in quella sola idealità giuridica patrimoniale, che investe il chiamato della qualità giuridica di erede”

Confere: LOSANA — Digesto Italiano vol. XXII, P. IV, Successione Testamentaria, 22-29.

A questão é alias pacífica entre os nossos juristas e a doutrina de V. VITALI é sufragada, entre outros, e invocamos o maior deles, por TEIXEIRA DE FREITAS, que, embora considerando como rústico esse modo de instituir herdeiros, reconhece que o legatário de tais remanescentes era herdeiro instituído e não simples legatário, como se pôde ver em “Testamentos e Sucessões”, ed. de 1881, p. 37.

Recentemente foi ainda formulada por ITABAIANA

“O que caracteriza a instituição de herdeiro é o fato de suceder ele em todos ou *nos remanescentes* dos bens”. (*Direito das Sucessões*, 2.^a ed., pg. 32-33).

e por CARLOS MAXIMILIANO, no seu recentíssimo tratado, com apoio em HERZFELDER, vol. V, pag. 411

“De igual modo se opina, e pelo mesmo fundamento, quanto ao titular dos “remanescentes”. Ex.: “Deixo a B a casa em que móro; a C, o resto dos meus bens” (C é herdeiro; B legatário). Caiam 100:000\$000 a B; 200 rezes a C; e os remanescentes a D” (Considera-se *herdeiro* só o ultimo). Vol. I, pag. 655.

AO SEGUNDO

E’ indiscutível a validade da cláusula que instituiu a fundação, pois nela se concentram os elementos essenciais à sua criação, exigidos pelo artigo 24 do Código Civil:

testamento;
dotação especial de bens livres;
especificação do fim a que se destina.

Não só instituiu herdeira do remanescente, como ainda foi providente a testadora, fazendo também uma dotação especial, afim de melhor garantir-lhe a existência e assegurar uma util e proveitosa atuação, no desenvolvimento dos seus objetivos.

Ao revez do que em outro testamento se verificou — o do Com. A. Z. — teve a testadora o cuidado de minudentemente especificar os beneficiários, entre os quais se incluem.

os empregados das Cias. A. P. e C. S. P., inválidos e impossibilitados de trabalhar por moléstia e velhice.

Também não deixou vago e indeterminado o fim da fundação, mas precisou-o, de modo irrefragavel, quando determinou que fossem os bens, na sua metade, destinados à criação e manutenção de asilos de beneficência, para auxílio e assistência das pessoas que mencionou. Aí se depara o fim *determinado* — proteger as pessoas ligadas às empresas que o marido da testadora dirigiu e impulsionou — fim, em verdade, possível e lícito. Enfeixa, pois, os extremos apontados por FERRARA, e, si precisamente no fim encontra a fundação a sua individualidade, é certo que se não pôde negar esta à fundação creada no testamento.

Não lhe falta, pois, o essencial conteúdo — a determinação de um fim suficientemente preciso da fundação, a que alude VON THUR, citado por ESPINDOLA, e, no dizer deste, talvez o mais notavel comentador da parte geral do C. Civil Alemão.

Está aí o fim suficientemente individualizado, de PLANK não determinado de um modo genérico e vago (Regelsberger), mas claro, preciso, inconfundivel.

Nem se objete que a fundação não pôde ser considerada herdeira porque não estava ainda legalmente organizada em face do disposto nos artigos 1.717 e 1.718. Mas o disposto no art. 1.718 refere-se evidentemente às pessoas naturais

a indivíduos não concebidos até a morte do testador

e não pôde ser aplicado por analogia, sem maior atenção, às pessoas jurídicas, às fundações, desprezando-se os artigos do Código que a este instituto se referem. Mas, aceitando-se a interpretação analógica, esta pôde deixar de ser feita ao arrepio dos direitos da fundação. Porque esta já estava creada, legalmente instituida, porque formada de acôrdo com o preceito que autoriza a sua constituição em testamento, com todos os elementos necessários e indispensaveis à sua vitalidade.

E si a lei concede a capacidade hereditária aos indivíduos concebidos até à morte do testador, a um embrião — um embrione, una speranza d'uomo — na frase de VITTORE VITALI (vol. I, pg. 634), ainda no estado o mais rudimentar, porque a concepção pôde ter-se dado nos últimos dias de vida, e a personalidade só aparecerá com o nascimento com vida, como negá-la a quem já tem uma existência certa, por ter sido creada em consonância aos preceitos legais?

Surgem para a vida as fundações quando o testador põe, em testamento ou em escritura publica, a vontade de crear tais institutos, acompanhando-a do fim certo e determinado, da dotação dos bens necessários à efetiva realização do fim visado, precisando os beneficiários. O instituto foi creado e, com a eficiência do testamento, tornou-se certa a sua existência.

Si a fundação existe, porque foi creada, em testamento, porque a vontade da testadora a gerou, como negar-lhe a capacidade sucessória, porque a sua personalidade jurídica só lhe advem do registo?

Nem se diga que é indispensavel a coexistência do elemento de fato ou *material* e um elemento de direito ou *formal*. Basta que exista o primeiro, isto é, basta que a fundação tenha sido creada em testamento, com os caracteristicos de validade, porque

a fundação em todo sentido se equipara ao *individuo*, e, portanto, ao nascituro.

O direito da coletividade fica suspenso, em potência, como o do nascituro, e, como o deste, retrotrái até a abertura da sucessão, desde que é fundada integralmente, ou apenas legalizada (se já existia), a destinatária da liberalidade. (MAXIMILIANO, vol. I, pg. 150).

E o eminente ministro da nossa Suprema Côrte invoca em prol da sua opinião uma fieira de pandectistas dos mais acatados, como ESCHER, CROME, HERZFELDER, ENDEMNN e STROHAL.

A Côrte de cassação de Turim resolveu, no sentido acima, uma questão idêntica, applicando às pessoas jurídicas a teoria do *conceptus pro nato habetur*, com estas considerações irretorquiveis:

“Dal momento che i corpi morali legalmente riconosciuti sono equiparati alle persone fisiche, non può esservi veruna incongruenza legale a che siano ai medesimi applicate quelle stesse norme, che regolano la capacità di succedere delle persone fisiche, salve, ben inteso, le speciali eccezioni: e cosi, come i concepiti sono capace di succedere, tuttoche la personalità giuridica dipenda dai fatti posteriori, cosi pure le fondazioni di corpi morali possono essere instituite eredi, quantumque il loro riconoscimento sia ancora di là da venire” (Sentença de 31 de julho de 1879, apud LOMONACO, Diritto Civile Italiano, vol. IV, 123).

A igual resultado chegou a jurisprudência administrativa francesa, admitindo a validade do processo consistente em considerar o reconhecimento legal operando retroativamente, até o dia do falecimento, meio a que aderiram PLANIOL, RIPERT e TRASBOT.

Tal jurisprudência é pacífica. O Conselho de Estado concede

“volentiers à l'établissement qu'il reconnaît d'utilité publique l'autorisation de recevoir la libéralité qui a servi à le fonder, faisant ainsi rétroagir la reconnaissance au jour du décès du fondateur et appliquant aux fondations la maxime traditionnelle, *infans conceptus pro nato habetur*” (JOSSEBRAND, Droit Civil Positif, III, n.º 1910).

No mesmo sentido, anos depois, decidia a Corte de Apelação de Bologna:

“Se lo stesso diritto romano, così religiosamente e giustamente osservante della verità delle cose e del rispetto ai principi di diritto, pure riconosceva la capacità di succedere nell'individuo soltanto concepito, non si saprebbe perchè in un tempo in cui, in nome del pratico interesse, si è tanto proclivi a passar sopra alle forme e anche talvolta alle incommode conseguenze della logica legislativa, si dovesse poi negare la capacità di succedere ad un ente morale, la cui esistenza futura non è venutale e fortuita, come quella di una persona fisica soltanto concepita, ma è preordinata e sicura per la disposizione del testatore”.

Na verdade uma outra interpretação seria, na afirmação de RICCÌ, ilógica e improcedente

“In fatti si esse a creduto derogare al principio che l'erede deve essere persona capace di ricevere al tempo della aperta successione, in favo-

re della prole nascitura di una persona vivente e, nello scopo, ben ristretto di conservare i beni a vantaggio di una generazione futura, come avrebbe potuto non derogare al rigore di questo principio in favore di ente morali, la cui esistenza e conservazione interessa altamente alla società, alla cività ed alla umanità, sicome quelli che sono intesi a difondere il benessere, i soccorsi della carità e l'istruzione nelle diseredate classi sociali? (Diritto Civile, vol. IV, n.º 289).

Essa a bôa doutrina que, si não fosse applicada na espécie da consulta, deixaria ao desamparo os dignos operários das empresas, que a testadora, no imenso reconhecimento, pôs a mira em proteger, privando-os, quando necessitados, da farta messe de recursos que a fundação deverá distribuir.

E' tão procedente é que, como já salientou MAXIMILIANO, o Código Civil Alemão e os seus mais reputados comentadores a abraçaram, acentuando muitos que bastaria, para resolver a questão, o dispositivo do art. 1.893, vale dizer o que, no mesmo monumento legislativo, recebia a tradicional ficção respeitante ao nascituro.

Aos autores invocados pelo douto autor do mais recente tratado, acrescentaremos LEHMAN

“Mit der Genemigung ist die Stiftung entstanden. Wird Sie erst nach dem Tode der Stifters genemigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als Schonvor dessen Tode entstanden — 684 (Fiktion).

Não era necessária a consagração expressa no texto do § 84: bastaria a exceção do art. 1.923 já invocado:

“Die Rückwirkung ist wichtig bei einer Stiftung, die vom Stifter zum Erben eingesetzt worden ist. Erbe kann nur werden, wer, zur Zeit der

Erbfalls schon *lebt* (1923). Auf grund der Fiktion wird die hinterher erst genehmigte Stiftung so behandelt, als ob sie schon vorher entstanden sei, dem Erfordernis des 1923, ist also genügt. (Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 470).

Outra não é a lição de RUDOLF SCHMIDT, o douto professor da Universidade de Halle, para quem

die Stiftung für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden zu Gelten haben (Bürgerliches Recht, 53).

O tratado de ENNECERUS, na edição revista por NIPPERDEY, professor da Universidade de Colônia, salienta que, no caso como o da consulta, em que ha no testamento a criação, com todos os elementos de vitalidade, de uma fundação, ha a presuposição de sua existencia desde a morte do testador

so liegt im Wahrheit ein Vermächtnis an die Stiftung vor, welche als schon mit dem Erbfall entstanden gilt. (Lehrbuch des B. Recht, 344).

Não menos explicito é COSACK, para quem, em casos que tais, a fundação recebe a herança pelo efeito retroativo do reconhecimento

wenn die Stiftung die zu ihrer Entstehung erforderliche staatliche Genehmigung erst nach dem Tode des Erblassers erlangt-wie in der übergrossen Mehrzahl der Fälle — erwirbt sie die Erbschaft *mit rückwirkender Kraft* am Tage des Erblassertodes. (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band und Zweite Abteilung, 373, II).

Eis porque sustentamos ser indiscutivel a validade da clausula em exame.

Discursos

A alma do jurista *

B. de Siqueira Ferreira

Jovens colegas

Simbolicamente, estamos no limiar da velha Faculdade de Direito de São Paulo, nos humbrais desta esplêndida catedral que, plantada, ha mais de um século, no coração da Paulicéia, foi a primeira, com sua irmã gêmea do Recife, a irradiar a cultura jurídica pela Pátria e sempre foi, e será “a representação viva do Direito Nacional”. (1).

Neste instante, das monacais Arcadas se despede mais uma plêiade de jovens cultores do Direito, ufanos dos laureis conquistados, filhos espirituais da tradicional Academia. A mim tocou-me a honra, meus jovens colegas, de vos dirigir a saudação de despedida.

Aqui estou, esmagado pela generosidade de vossa escolha, de todo em todo desacertada, de vosso convite que certamente recusaria si o cativante gesto não envolvesse, pela sua própria natureza, a simpatia, a amizade que entre nós, bem o sabeis, são recíprocas e não sentisse que, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, na tribuna me sustentam as gloriosas tradições da nossa Casa.

Aqui estou, entre jubiloso e triste.

Jubiloso porque, identificado convosco, sinto o palpitante de vossos corações e dos entes que vos são queridos, porque me conquista a emoção de que vos achais possuídos,

(*) Discurso do paraninfo à turma de bacharelados de 1941, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pronunciado em 5 de janeiro de 1942, na cerimônia da colação de grau, realizada no Teatro Municipal.

como si fosse eu próprio que neste momento recebesse o honroso gráu.

Vejo-me transportado, graças a vós, a esta comunhão de sentimentos, á minha mocidade, ao dia em que daquí tambem partí, sentindo o que então sentí e agora novamente sinto, e que é o que vós sentís.

Jubiloso e triste...

Triste, sim, porque esta festa é tambem um Adeus, e nos momentos de despedida se engasta, desde logo, desde então, no coração do homem, o gremem, a semente da Saudade...

Senhores Bachareis:

Que vos hei-de dizer neste instante, como poderei expressar os votos que são meus, de todos vossos Mestres, de toda a Academia, de que saibais sempre, nas horas felizes e calmas de bonança, como nas amargas e exaustivas de tempestade, honrar o nome que vos legaram vossos maiores, engrandecer a vossa, a nossa Faculdade, enaltecere o nosso São Paulo, dignificar a Pátria, o nosso Brasil?

Que vos hei-de dizer, não para vos animar, pois sois jovens cheios de entusiasmo, com mais ânimo e coragem, que eu, encanecido já pelos desenganos e asperezas da vida, não, pois, para vos animar a cumprir o destino que venho de esboçar e que é aquele a que naturalmente aspira quem parte desta Casa, mas tão somente para que vos lembreis de vosso modesto e obscuro professor de ontem, do vosso paraninfo, ao conquistardes as glórias a que fadado está todo sincero cultor do Direito?

Que vos hei-de dizer?

Não quero vos trair e, á guiza de despedida, reconduzir-vos á condição de alunos com mais uma das minhas desalinhavadas lições de direito...

Mas, por outro lado, como impedir o jurista de transpor suas sensações, os sentimentos que lhe vão nalma para a clave do Direito?

Como não me referir á idéia do Direito que foi a que nos uniu durante três anos, longos para vós que ardentemente almejaveis o bacharelado e que para mim tão céleres deslisaram no vosso convívio?

Como esquecer o Direito, traço de união de nossas mentalidades?

Como olvidar o Direito nesta solenidade em que sois sagrados seus sacerdotes? em que vos vejo, em que nos vemos cheios de dignidade em suas vestes talares?

Como não cuidar do Direito, quando no mundo, “homo lupus hominis” se estraçalha — oh, ironia! — em nome do próprio Direito e esquecido que “Justitia hostes vincere gloriosus est quam armis”, com a sua destruição acarreta a derrocada da Civilização, fruto de séculos de penoso labor de tantas gerações?

Sim; é em nome do Direito, entrevisto sob aspeto diverso, concebido por mentalidades irreconciliáveis, que o próprio Direito é vilipendiado, que a Liga das Nações, sonho de WILSON e que seria, como juiz dos Povos, o vértice do ângulo tal como concebe PEKELIS (2) toda relação jurídica, se desmorona, ameaçando arrastar na avalanche todo o Direito Internacional.

Assistimos, perplexos e cheios de angústia e temor, a essa luta de titans que ensanguenta quatro quintas partes da humanidade, avermelha os sete mares do globo e acende no planeta seus trágicos clarões ao norte e ao sul, tanto no oriente como no ocidente.

E' o embate gigantesco, senhores, de duas concepções jurídicas, a tremenda explosão de dois credos políticos que se entrechocam.

Democracia e totalitarismo.

Este, alicerçado no princípio da autoridade; aquele, no de liberdade; aquí, o Estado vivendo do Povo, para o Povo e pelo Povo que escolhe seus governantes — a teoria da representação, a teoria do eleito; ali, o chefe — führer, duce — a encarnar a vontade do Estado.

“Vós sois a Alemanha; — diz, no Congresso de Nuremberg, o famoso RUDOLF HESS — quando praticais qualquer ato, é a Nação que o pratica; quando julgais, é a Nação que julga” (3).

Na Itália, a exaltação do Estado, em que se percebe a inspiração na doutrina de HEGEL, conduz ao totalitarismo, porque no credo fascista, Ele — o Estado — é o Absoluto diante do qual os individuos e os grupos nada mais são que o Relativo (4).

E, como corolario lógico, o partido único: totalitarismo é, na verdade, o regimen em que é criminosa toda opposição, ilícitos todos os partidos que não o do Estado ou seja o do Chefe.

Nitidamente aquí se observa o conhecido movimento pendular em todo seu exagêro: da desordem do após guerra de 1914, como consequência do desejo de paz e socego que animava todos os povos egressos da luta, a transformação do individuo, da personalidade humana em mera engrenagem da máquina do Estado, a mover-se, a viver, a pensar sob o impulso da mola mestra, do Chefe.

Mas não será isto a consagração da mais pura autocracia?

Desta se distingue o totalitarismo, ensina MANOILESCO, pela sinceridade e desinteresse de seus chefes (5).

E', porém, de se perguntar — não vos parece — si mais sinceros não seriam os velhos monarcas absolutos hoje mergulhados na escuridão do passado, que acreditavam governar por direito divino? E quem demonstra mais ambição: o que nasce no trono ou aquele que escala o poder?

A verdade é que esta volta á autocracia é o prelúdio, o crepúsculo de uma nova noite medieval que tenta lançar seu negro manto sobre o mundo.

É contra esta nova ordem de coisas que se batem as Democracias, erguendo sempre o lábaro sagrado da liberdade, mas fugindo, por sua vez, lenta, mas seguramente, como convém, dos exageros do individualismo tal como se imputa

a Escola Liberal que, por seu turno, era a desmedida reação operada em França em 1789, tal como fazia prever dois séculos antes a célebre carta anônima recebida por LUIZ XIV e atribuída a FÉNELON em que se denunciava “o excesso do despotismo que abastardava e destruía as forças morais do país e o absolutismo político anti-cristão de orgulho, de violência e de má fé (6).

O Estado não é um simples meio de segurança individual, não deve exercer apenas funções de polícia, mas, bem compreendendo as deficiências da iniciativa particular, amenizar aqui e ali as asperezas, as arestas do egoísmo individual.

Aquí e ali, sua intervenção se faz mistér para que a velha fórmula da igualdade dos cidadãos, essência da Democracia, seja realmente realizada em sua verdadeira significação que consiste em tratar com desigualdade coisas desiguais.

Daí esse direito novo, esse amparo ao fraco contra o forte, expressão lídima, em acertada medida, da Justiça, mas perigosa pelos exageros a que a orientação facilmente conduz.

Essa tendência para se dar um sentido social ao Direito, essa socialização do Direito é uma necessidade que se fez sempre sentir ao espírito dos grandes filósofos.

Já DANTE, esse Poeta de gênio, a revelava em sua célebre definição de direito como “*realis ac personalis proportio hominis ad hominem quae servata, servat societatem, corrupta, corrumpit*”, germen da magistral síntese de ARDIGÓ, e na qual certamente se abeberou PEDRO LESSA para o ver como o conjunto de condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

Condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, notai bem.

A dificuldade está em manter, em suas justas proporções, as relações do indivíduo com o todo social, com o Estado.

Si sacrificar a sociedade ao individuo nos repugna, não será mal maior o holocáusto da personalidade humana ao Estado?

Em recente artigo, o notavel pensador LUIZ RECASENS SICHES, invocando o magnifico exemplo de “sir” HENRY KNOLLY, faz luz sobre o assunto, ilumina o problema.

Em um prédio devorado por um incêndio se acha em perigo de vida uma criança de tenra idade e de destruição uma preciosa tela de RUBENS. O tempo urge, as chamas avançam ameaçadoramente, não se pôde salvar a ambos: a criança — o ser humano — e a maravilhosa obra de arte. A escolha se impõe, mas qualquer que seja definirá bem as nossas tendências, “todo o sentido da nossa cultura e com o mesmo a base fundamental de nossas idéias políticas.” Sim. “Cultura é o conjunto, assevera o egregio professor de Santiago de Compostela, de todos os valores — Verdade, Beleza, Moralidade, Justiça, etc. — enquanto tendem a realizar-se em um substractum real determinado. Si este substractum da cultura é o homem, os valores supremos serão os morais; todos os demais aparecerão como meios cujo fim ultimo é a personalidade ética humana. A Ciência, a Arte, o Direito, a Pátria, o Estado terão as carateristicas de meios ou instrumentos postos a serviço do homem. Mas si entendermos, pelo contrário, que o substractum da cultura não é a personalidade humana, mas algo que está além do homem, ou seja a produção em si mesma de coisas objectivas valiosas, então a personalidade humana representará mero instrumento, para que se produzam tais objetos culturais: obras de arte, tratados científicos, Estados, etc...”

“A primeira das soluções representa uma doutrina personalista, a segunda a teoria transpersonalista. Quem opta pela salvação da criança se decide em favor do individualismo; quem prefere salvar o quadro abraça a tese transpersonalista. O partidário desta entenderá bem pago o Coliseu Romano com a miséria e sofrimento de milhões de escravos e jamais achará que o sacrificio de vidas foi bastante para que o Estado conquiste novas terras ou aumente seu poderio.

O sacrifício do soldado não representará para o mesmo um ato de heroísmo em defesa da idéia de Justiça, mas o justo preço que paga ao Estado pelos benefícios que este lhe traz”. Segundo esta concepção totalitária, “o homem é degradado a condição de simples massa plástica, a instrumento destinado a produzir obras culturais ou o engrandecimento e poder da coletividade, enquanto para o personalismo e para o individualismo tanto o Estado como a Ciência e a Arte serão os meios postos a serviço da individualidade humana, para que esta realize seus fins, tal como diz a Biblia: “o Estado por causa do homem foi feito” (7)

Si as condições sociais de hoje exigem solução para novos problemas, “si, como adverte EDUARDO ESPINOLA, ao sociólogo compete observar os fenômenos, perscrutar-lhes as causas e estudar-lhes os aspetos benéficos e adversos para orientar e dirigir a política econômica, pertence ao jurista o papel relevante de desfazer os equívocos em torno das regras de conducta, relembrar a verdadeira noção de direito, trazer ás mentes desvairadas a compreensão jurídica do Estado e dos seus problemas, restaurar a dignidade da pessoa” (8).

Não ha nem deve haver pois, como quer KRALYEVITCH (9), “glissement du Droit vers la Sociologie”, mas subordinação desta ao Direito.

A hora é a do jurista, como maravilhosamente se exprime LEVY ULMANN.

Mas como poderá este cumprir sua missão, como podeis vós, caros e jovens colegas, separar o jôio do trigo, conhecer os justos limites desta tendência para um direito novo, se haver nesta “caccia all’ombra”?

Como, jovens, cheios de talento e de idealismo, mas faltos de experiência cujo alto preço é o sacrificio de nossa juventude, encontrar o caminho seguro, hoje que a velha fórmula medieval do “magister dixit” perdeu todo encantamento e mais não tem a virtude de pedra filosofal destinada a aferir verdades científicas?

Qual hoje a pedra de toque, si neste cáos de doutrinas e tendências, todas reivindicam a primazia que compete somente á verdade?

Lembra CLAUDE DU PASQUIER que o renascimento do Direito Natural se deve “á guerra de 1914 que deu á filosofia idealista do direito forte impulso por ter se infiltrado no campo dos Aliados a convicção de que se batiam pelo Direito.” (10) Daí o desejo de elucidar esta noção abstrata, de verificar em que consistia esse direito que os iluminava e contra o qual ferozmente combatiam os Imperios Centrais.

Hoje, porém, que filão devemos explorar em busca da verdade?

Vamos encontrá-lo na própria Alemanha que nós bem sabemos o quão poderosa é pelo pensamento e pelas armas, mas — é bem de ver — sem que nos deslumbrem os exageros impostos pelo orgulho de seus chefes e pelas suas condições vitais que tanto diferem, mercê de Deus, das de nossa Pátria.

Foi na segunda sessão do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica que lançou WILHELM SAUER, professor da Universidade de Münster, na Westphalia, a sua monumental concepção de um direito a três dimensões que tão bem explica a moderna Babel jurídica.

“A esta época em que se fala não mais e tão só duma transformação da concepção do Direito e do Estado, mas de uma crise geral do Direito e do Estado, observa o filosofo alemão, mais que nunca se aplica a “boutade” tanta vez citada de KANT a propósito dos juristas que ainda estão a discutir a definição de direito. Este, certamente, evolue com a vida, podendo, pois, como consequência, ter estrutura radicalmente diferente sob a influência das condições de vida que variam entre os diversos povos ou no mesmo povo, em diversas épocas” (11).

E', como vedes, o reconhecimento da conhecida apóstrofe de BLAISE PASCAL: “Verité en deçá des Pyrenées, erreur au delá”.

Que dizer-se quando não os Pyreneos, mas o infindavel Atlântico separa países e continentes?

“Mas, em sentido oposto, prossegue SAUER, creio poder demonstrar que o direito, justamente quando se o encara como direito vivo, possui uma estrutura essencial, que impõe seu reconhecimento universal. Tal acôrdo sôbre a essência do direito, como sendo uma das principais expressões da vida e das mais importantes necessidades da civilização, constitue condição preliminar indispensavel e, ao mesmo tempo, a melhor garantia do procurado acôrdo entre os povos”.

E' este direito vivo, este direito que tem relêvo, este direito a três dimensões realmente a pedra de toque de que vos falei.

E' o direito que vive em nós e não deflue tão só da nossa formação jurídica em uma escola de direito, mas que anteriormente já vinha se sedimentando, se cristalizando, como parte integrante do nosso eu, no convívio dos da nossa raça, da nossa gente, do nosso lar.

E' em nossa casa natal que recebemos de nossos Páis a primeira lição de Justiça, a severidade desvelada do pái, mitigada pela bondade carinhosa e suave de nossa Mãe.

Na escola primária, a primeira mestra prossegue na tarefa abençoada de nos ambientar nas tradições de nossos ancestrais.

E, assim, aos poucos, insensivelmente vai se formando o nosso carater, se aprimorando nosso sentimento de Justiça.

E' nesse terreno já trabalhado pela Religião, pela Moral, pelos Costumes que é semeada a cultura jurídica.

“A diferença entre o Direito, a Moral e os Costumes que os sistemas filosóficos acolhiam até este momento, pontifica SAUER, perde toda a sua importância do ponto de vista do direito vivo, pois os três ramos se tocam, se entrelaçam e se completam”.

Eis porque “o estado jurídico de um povo não póde ser reconhecido pelo estudo de suas leis, nem mesmo pelo da atividade de seus funcionários, mas sim pelo das reais

condições jurídicas da vida em comum. Estas traduzem o direito vivo, o direito real que desta maneira aparece plasticamente, “ad instar” de um corpo no espaço. O direito tem assim, ele próprio, três dimensões” (12).

Do jurista germânico, é bem de ver, só é aceitável a concepção de um direito a três dimensões em suas linhas mestras, devendo nos acautelar, como advertiu RICASENS SICHES, no mesmo congresso de filosofia, contra os exageros do “atual pensamento alemão que parece se resumir em um culto ao poder absoluto, sinão a uma ditadura pessoal que os juristas tedescos substituem á comunidade nacional — Volk — de que falam sem cessar; enquanto o traço característico dos povos latinos é a sua tendência para um ideal moral” (13).

E, realmente, SAUER enfileira na mesma plana leis, decretos e a vontade do Führer e funda a obediência ás normas em uma disciplina voluntária e livre que decorre naturalmente do reconhecimento da necessidade do Estado e do valor cultural do Führer.

E’ o Volkgeist, ensinam SIEGERT, NICOLAI e outros, o espírito da Alemanha nórdica, da eterna Alemanha, a fonte primária do Direito, de que é supremo interprete o Führer inamovível e irresponsável, como salienta HANS FRANK (14).

Em nosso ambiente, em nosso clima é planta exótica que não vinga a hodierna orientação filosófica alemã, a mística nacional socialista que fenece quando distanciada de seu meio natural, as margens embriagadoras do Reno bordadas pelo cenário fantasmagórico de suas cidades medievais.

E’ fenômeno puramente germânico, como o fascismo, no dizer do próprio MUSSOLINI, o é puramente italiano.

Mas, si como afirma o próprio SAUER, a concepção jurídica varia de acôrdo com as condições de vida dos povos, mal não ha que procuremos o conteúdo entre nós do Direito a três dimensões.

Na verdade, algures já escrevi eu próprio, que, si ha muito, Direito, Moral e Costumes se emanciparam da Reli-

gião, que, si ha muito, tais normas deixaram de viver sob a égide da Fé que até então conduzia o mundo, não menos verdade é que continuam marcos diferentes, mas convergentes a orientar a humanidade.

E' do amálgama dessas normas que nasce em nós o sentimento de direito, de um direito palpitante e vivo que é a própria alma do jurista.

Nossas tradições leigas e religiosas, este imenso patrimônio que nos legaram nossos maiores é a matéria plástica que moldada nas escolas de direito, entre nós recebendo o sôpro vivificador das tradicionais Arcadas, vai formar a alma do jurista brasileiro.

“Apague-se a história das academias jurídicas do Brasil e a história da nação brasileira será um enigma”, disse Pedro Lessa.

E' a nossa alma de juristas brasileiros que faz com que nos repugnem certas instituições, sinão jurídicas ao menos legais, certos moluscos legislativos, informes, gelatinosos, escorregadiços, indefinidos que lançam seus tentáculos a sugar as forças morais de uma nação.

E' esse direito vivo que nos adverte contra certas normas, verdadeiros abortos legislativos que todo sistema jurídico contém mas que encontram seu túmulo no próprio código que as albergou.

“O conteúdo das leis, frisa notavel filósofo italiano, deve corresponder ás necessidades do povo. Uma lei não conforme á nossa índole ou aos nossos hábitos será respeitada, porque os juizes curam da sua execução, mas com artifícios todos procurarão evitá-la. Esta consideração tem cabimento — prossegue — principalmente hoje que á mania das reformas se junta a moda de copiar as das nações de maior nomeada” (15).

É a nossa alma do jurista que treme pela Pátria quando, nos momentos de comoção social, vê surgir uma legislação de afogadilho, vê brotarem verdadeiras “leges saturae” em

que hoje se corrige o êrro que a pressa ditou na vespera, para novamente se errar no dia seguinte.

É a pujança do direito vivo que inculca o desdém a essa legislação obesa, de uma obesidade de alastrar estantes, de uma adiposidade balofa e doentia a trair a enfermidade que tenta em vão invadir o organismo social.

É essa alma a prêsa da nevrose que hoje a tantos tortura, oriunda da instabilidade das leis alma, á que faz éco à advertência de GOGLILO: “A observação histórica nos mostra que, quando um povo se descursa da função legislativa, fazendo suceder leis sôbre leis, este povo ou está decadente ou para decair. As refórmias precipitadas pódem teoricamente ser boas, mas são praticamente nocivas por ainda não terem amadurecido. Roma, no direito privado, e a Inglaterra, no público, são dois admiraveis exemplos de sabedoria e de prudência políticas. Seu patrimônio jurídico surgiu lentamente, sem saltos ou violentas mutações, como o tronco e os ramos de um velho carvalho” (16).

É ainda a alma do jurista que se rebela contra a mística de certas ditaduras.

Sim, caros colegas, o mal não está na ditadura. Certos estados patológicos do organismo social reclamam, como indicação segura e adequada, o remédio drástico de uma ditadura.

LOUIS LE FUR observou mesmo que “a aparição de um ditador pode ser momentaneamente necessária em certas situações graves, mas ninguém admitirá, sem dúvida, que possa ser o regimen normal para um povo de formação política um pouco adiantada” (17).

Os romanos, este povo admiravel pela sua cultura jurídica, conheciam a ditadura comissária, este regimen anormal para situações anormais.

O mal não está na ditadura, mas na mística que engendra para se perpetuar, esta sim, verdadeiro ópio para o povo, a determinar o colapso da consciência jurídica de uma nação.

Eis o perigo que a alma do jurista sabe sempre evitar, como ocorre entre nós, em nossa terra, onde a estrutura do direito a três dimensões adquire traços morais e religiosos que constituem “o divino no direito.”

É o que de vós esperamos, da vossa alma de juristas, forjada no ímo da família brasileira e retemperada no vosso curso de direito.

Podeis pois partir. . .

Aqui ou acolá, porém, neste nosso querido São Paulo ou pelo Brasil afóra lembrai-vos que a hora é a do jurista e que, como juristas, tendes uma missão a cumprir. Que a cumprireis, estou certo, mercê do lema com que ungi o vosso quadro de formatura “Nihil volentibus arduum”. Aos que sabem querrer como vós, realmente nada é difícil.

Ide, senhores Bachareis, desempenhar a missão que vos assinala, orgulhosa de seus filhos, a velha Faculdade pelo Hino Acadêmico que tanta vez ouvistes sob as Arcadas.

Ide, e que na música imorredoura de CARLOS GOMES ressoe sempre em vossos ouvidos, como um estímulo, um incentivo, a palavra ardente de BITTENCOURT SAMPÁIO:

“Mocidade, eia avante! eia avante!
Que o Brasil,
 mais que nunca,
 sobre vós ergue a fé!”

BIBLIOGRAFIA

- 1 — “Academia que é a representação viva do direito nacional...”, João Monteiro.
- 2 — “Digesto Italiano”, voc. “Azione”.
- 3 — Claude du Pasquier, “Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit”
- 4 — Claude du Pasquier, ob. cit.
- 5 — Milhaïl Manoïlesco, “Le parti unique”.
- 6 — J. Charmont, “La renaissance du Droit Naturel”.
- 7 — “Sintesis”, novembro de 1941.
- 8 — “Tratado de Direito Civil Brasileiro”, vol 1, n. 75.
- 9 — Novitza Kralyevitch, “La porté théorique du glissement du Droit vers la Sociologie”

- 10 — Ob. cit.
- 11 — Institut International de Philosophie du Droit, et de Sociologie Juridique, "Travaux de la seconde session".
- 12 — Wilhelm Sauer, ob. cit.
- 13 — Trabalhos citados.
- 14 — "apud" Eduardo Espinola, ob. cit.
- 15 — Pietro Cogliolo, "Filosofia do Direito Privado".
- 16 — Ob. cit.

A Voz da Academia (*)

Mario Romeu de Lucca

Éramos no passado...

Vislumbrávamos, ao adentrarmos a Academia, todas as glórias acenadas aos moços pela vida, que neles se inicia repleta de esperanças.

Pressentíamos, naquele longínquo 1937, que da Faculdade havíamos de fazer a nossa morada de todos os dias em anos subsequentes, que nela havíamos de viver largo tempo, sentindo-lhe toda a fôrça da tradição e todo o estímulo que a sua história faz nascer na alma dos jovens.

Percebíamos, com aparente clareza, o significado da Academia na vida nacional e nos orgulhávamos de ostentar perante o mundo, que a nossos olhos bastante se alargara em âmbito, o título desvanecedor: Acadêmico de Direito.

As lições que da autoridade dos mestres recebíamos, gravavam-se indeléveis na “tabula rasa” da inteligência e a pouco e pouco iam influenciando o coração, fazendo nele nascer a amizade que dedicamos àqueles que nos ensinaram o Direito.

A presença da Faculdade realizava em nós a ação catalítica imprescindível para que nos entregássemos, de corpo e alma, a novos ideais. A ela acorriamos, sedentos de saber, procurando curiosamente as idéias que esvoaçavam aladas e puras, por entre as monacais Arcadas sob cuja proteção pressentíamos, por instantes embora fugazes, a veia da pe-

(*) Discurso proferido, a 5 de janeiro de 1942, como orador da turma de bachareis de 1941, na solenidade da colação de grau realizada no Teatro Municipal.

rene caudal que, através das idades e das tribulações da História, passa pela humanidade e fecunda o espírito.

Os princípios teóricos da ciência jurídica, ouvíamos-os diuturnamente, jorrados com abundância do alto das venerandas cátedras, cuja experiência nos advertia a que não nos iludíssemos com o sôpro transitório das psicoses coletivas, nas quais o Direito é vilipendiado e escarnecido.

Éramos no passado...

Impelia-nos ao estudo o amor ao jurídico, porque no Direito víamos a garantia da ordem estabelecida, nele e por ele a manutenção da Paz e a continuidade da Harmonia sem as quais não pôde a sociedade humana existir e progredir.

Julgávamo-nos senhores do futuro trazendo, ao sabor da nossa irreverente vontade, o destino da Pátria, do qual dispúnhamos a talante nosso.

Embriavavam-nos de contentamento as festas acadêmicas e assentíamos vibrantemente com os oradores, quando eles, invocando o pretérito faustoso da escola-convento, afirmavam-na ser o relicário das mais santas e nobres tradições da nacionalidade.

Os nossos sonhos diluíam, com as suas claridades, todas as sombras com que a realidade procurava diminuir-lhes o viço do esplendor.

Duvidávamos, com o Çandide, de VOLTAIRE, que não pudesse o milhafre sofrer o instinto de rapina, diante da inocência imbele da columba. Pangloss jamais se nos apresentara destituído de razões ao aplicar a otimista máxima leibniziana. Não nascidos ainda para os revezes da existência, o bem e o mal se nos afiguravam termos de aleatória aplicabilidade social, ante a insignificância da tragédia humana, quando posta em relação com o eterno. À maneira do fidalgo de La Mancha, trazíamos nalma, como Dulcinéia, a Liberdade. Os magnos problemas do espírito apresentavam-se como questões que pairassem aquém dos cuidados da nossa cogitação. Muito a gosto, concordávamos com CARREL, em que o homem é um enigma para as suas próprias pesquisas: conjunto de átomos aprisionados num

recipiente de barro, cujo destino é morrer. Egocentricamente, fazíamos girar o mundo em torno de nosso ser individual, que sobrepúnhamos ao ser social — sistema de hábitos, de sentimentos e idéias, de crenças e tradições que na concepção de ÉMILE DURKHEIM exprimem, em nós, a coletividade.

Líamos NIETZSCHE e não nos repugnavam as excentricidades de Zaratustra. Sem havermos sentido as dificuldades cruciantes dos escarpados, encastelávamo-nos no cimo da montanha, em torre de marfim, para rirmos, como o superhomem do filósofo prussiano, de todos os dramas do homem.... Distantes do virtuoso meio-termo do Estagírita, nossas atitudes traziam, no bojo de seus exageros, a mesma inscrição do templo de Apolo em Delfos: “Panta agan” — tudo em excesso!

Éramos Gedeões derrotando milhares de madianitas, apenas com a arma da nossa temeridade.. Macabeus destemerosos subjulgando generais de Antíoco, com a lança do nosso destemor... Preferíamos considerar a humanidade e os fatos marionettes movidas pelo dedilhar instável das nossas transitórias concepções, a considerá-los do ponto de vista da eternidade, como aconselhara SPINOSA... Sorriamos dos multifários óbices da existência, como Jasão desprezara a violência das gláucas ondas, olhos postos no velocino de ouro da felicidade. . Saboreávamos apenas a ambrosia das vitórias fáceis que levam às ascensões e não conhecíamos o amargo do netar que os deuses manipulam para flagelar e ciliciar as vaidades...

Porque éramos no passado e transpuséramos de pouco os humbrais das misteriosas contradições da adolescência para ingressarmos nas desmedidas palpitações amorosas da mocidade.

Depois, a monotonia da disciplina escolar, com suas limitações e deveres, desceu-nos logo para o plano da realidade. Desfez-se o castelo de sonhos que imagináramos. A cornucópia de glórias transformou-se em casa de estudos severos, onde devíamos cumprir preceitos como os monges

soíam cumprir na época em que fôra claustro. O nosso lustro acadêmico sentiu todas as modificações que a nova ordem nacional operou no mundo jurídico. Iniciávamos a perslustração pelos bancos da Faculdade, quando a Carta Constitucional imprimiu diferente fisionomia política à Nação, procurando adequá-la a tendências e orientações de origem alienígena. A incoercível renovação dos conceitos jurídicos, devida a modernas idéias socializantes, veio comprovar a verdade do ensinamento de IHERING, de ser o Direito um constante e dinâmico vir-a-ser, alterando-se e modificando-se ao sabor das condições econômicas, psicológicas e morais dos povos. Imprescindível fator da existência organizada e medula da vida social, o Direito nos apresentou cenários diversos criados pela desordenada evolução da Pátria. O individualismo, cuja decadência fôra preanunciada no dealbar do século por EDMOND PICARD em sua obra “O Direito Puro”, cedeu posto ao direito social, compreendido como a colaboração nobre entre os indivíduos e destes com o Estado, para a sua realização teleológica, que é a felicidade da comunhão social. A solidariedade derribou o indivíduo-deus do pedestal em que o colocara o cataclisma revolucionário francês para substituí-lo pelo homem conciente e altruista, disposto a ceder prerrogativas acidentais em benefício da comunidade. Na recente codificação civil e penal substantiva como adjetiva, na aplicação exata da regra “rebus sic stantibus”, na conceituação da propriedade como utilidade social, nas leis de proteção à família, na floração da atividade legiferante-trabalhista, no abandono do princípio rígido de justiça simplesmente punitiva, para adotar medidas de segurança preventivas e repressivas, verificamos estar o Direito Pátrio caminhando, a agigantados passos, para a substituição da fórmula igualitário-individualista pela de equíparação social, em obediência à diretriz socializadora, que GEORGES RIPERT reconhece ser a única possível de seguir nos tempos atuais. A socialidade do homem, admitida desde ARISTÓTELES, não pode entretanto tirar ao Direito o carater individualista. Posto seja na

essência social, a natureza humana possui direitos imprescritiveis, que absolutamente independem de qualquer lei positiva. Baseados nesse princípio, que, entre outras, a cerebração privilegiada de VICTOR CATHREIN tão lúcida e expõe nesse livro monumental que é “*Philosophia Moralis*”, negamos fóros de cidadania às teorias extremas, nas quais o Estado absorve o indivíduo, ou este se coloca em posição de soberano, julgando-se um senhor que não deve obediência a leis e preceitos. Nossa legislação se caracteriza por uma prudente moderação, pois foge das duas correntes antagônicas.

* * *

No presente, nossa geração não sorri, porque deve pensar. O universo está em dissolução, di-lo BERDIAEFF. O direito é asselvajado pela força, que o escraviza, quando devera tutelá-lo. A época é de eclipses... turva-se a razão humana no entrechoque estracinante das carnificinas, que são, nesta antemanhã da nova Idade Média, o prelúdio lúgubre de uma sinfonia de lamentações. A civilização e a cultura, realizadas pela elaboração lenta das conquistas materiais e pela sedimentação dos conceitos, desaparecem sob escombros. Neste século da velocidade, que conta os quilômetros por segundos, o vento devastador que acompanha os pássaros mecânicos para fazê-los mais alígeros, apaga a lâmpada do progresso, destruindo em minuto a frondosa árvore que veiu se robustecendo em milênios, nutrida pela genial cultura da Héliade, pela imensa organização jurídica romana, pelas excelsitudes do Cristianismo e pelas criações artísticas da Renascença. SÃO PAULO, o apóstolo dos gentios, afirmou só haver herança quando ha verdadeira morte. Da morte do século 19, que foi chamado o das luzes —, somos herdeiros da penumbra triste das cidades que se furtam à vista mortífera dos aviões. Nossa geração nasceu ouvindo o ressoar dos canhões da guerra européia, viveu-lhe os desastrosos efeitos e assiste, atônita e perplexa, à eclosão da maior hecatombe da história. A iminência de um conflito

que exigirá a oferta do sangue em holocausto à estabilidade das instituições e à soberania da Nação, não nos permite veleidades líricas e sonhadoras. Somos uma geração preocupada e grave, que deve crer, mais do que as outras, na supremacia do espírito:

— para não desesperar do Direito e da Justiça, sob pena de engolfar-se nos abismos do agnosticismo...

— para não negar que somos seres pensantes, cuja longevidência espiritual leva-nos a medir os espaços astrais, atingindo o próprio Infinito...

— para não sorrir desdenhosamente de uma falsa arte que não tira estrêlas do cáos, procurando sublimar todas as tendências humanas de perfeição, mas condiciona a beleza a fórmulas artificiais e desnaturantes...

— para não descrever da bondade e da fraternidade, nestes instantes em que Jahve não pune como outróra o pecado, enviando sôbre a terra o dilúvio e o fogo sôbre as cidades, mas permitindo que o homem destrua o homem. .

— para não desacreditar da poesia, da família, da liberdade, da Pátria, de Deus, ante a alucinação sandia do engenho humano, que forja diabólicas construções bélicas para espesinhar povos livres e tripudiar, com o salto de ferro dos Césares conquistadores, sôbre as ruínas das catedrais.

* * *

Honra nos fazeis, senhor doutor Benedito Siqueira Ferreira, ao paraninfardes a nossa formatura. No convívio de três anos, durante os quais com autoridade pontificastes sôbre processo civil, soubestes dar, ao vosso ensino, marcante cunho de humanização. Com as vossas luminosas lições, amenizastes a fria exposição dos preceitos do código. À vossa cultura jurídica, reunis conhecimentos da arte médica. Médico sois, e homem do Direito... Não será porventura o jurista também terapeuta? Não lhe incumbe curar os males que afetam a sociedade, retirando do seu corpo o neoplasma horrendo do crime? Não exerce ele ver-

dadeira medicina, cujo objetivo é expurgar e sanear a ordem pública? Sem dúvida, a medicina, cuja finalidade é a conservação da saúde e cujo fundamento reside, segundo LITTRÉ, na ciência das moléstias, a patologia, nasceu da necessidade de acudir o homem, sofredor físico. Cumpre ao jurista tratar a dor do homem, sofredor moral, quando lhe ferem a honra, a liberdade ou o patrimônio. Assim como não deve o médico limitar-se às abstrações da patologia, mas, como clínico, descer até a minudência analítica, filiando os casos singulares ao tipo mórbido previsto na sistemática nosológica, é missão do advogado retirar a lei da rigidez do código, vivificando-a pela aplicação justa ao caso concreto. Para o bom cumprimento desse apostolado, urge serem ambos bondosos. Durante vinte e quatro séculos, de HIPÓCRATES a CORVISART, de PARACELUS a MIGUEL COUTO, piedade e bondade têm sido o traço fundamental da mentalidade médica. Ambas marcam-se firmes na vossa personalidade, pois as rajadas do sofrimento e o trato com a desdita não sufocaram, em vossa alma, as manifestações nobres de comção diante do infortúnio alheio. Duplo fundamento tem a admiração que vos dedicamos, senhor Professor: Porque, obedecendo aos preceitos do decálogo de OSVALDO CRUZ, consagrais à fé eterna na ciência toda a sinceridade de vossa fé individual e honrais, pelo trabalho e pelo exemplo, o exemplo de trabalho que é a vossa vida. Vossa palavra, cujos acentos em breve far-se-ão ouvir, teve sempre unção respeitosa, porque compreendeis a finalidade que RUI atribuía ao magistério: “a hóstia, o arado, a palavra, correspondem aos três sacerdócios do Senhor; mas a suprema santificação da linguagem humana, abaixo da préce, está no ensino da mocidade.”

* * *

Bacharelados em 1941, bachareis em 1942, estamos no pórtico de saída da Academia. Como sóe acontecer em todos os momentos supremos, aguça-se a memória na recordação do que passou. O olhar que se alonga pelo caminho

andado, trái leves exteriorizações de melancolia. Nossa vida acadêmica de cinco anos está toda sintetizada nesta hora, em que parece haverem-se imobilizado os ponteiros do tempo, afim de mais indelevelmente gravarem-na no nosso sentimento.

A culminância em que nos encontramos engrandece o horizonte visual. O pretérito projeta-se no presente e o ilumina, para descerrar os arcanos do porvir. Entre os mestres egrégios, credores da nossa gratidão, não podemos divisar de alguns sinão a presença constante do espírito. Durante o tempo acadêmico, a inexorabilidade do destino privou-nos a nós, à Academia e à Pátria, do talento e da cultura de RAFAEL CORREIA SAMPAIO, MANOEL PEDRO VILABOÍM, JOSÉ AUGUSTO CESAR, MANOEL PACHECO PRATES e ALCÂNTARA MACHADO, imortal no exemplo de sua vida, na perenidade granítica de sua obra e na saudade das gerações que lhe ouviram a palavra de mestre e amigo.

Somos privilegiados. Dos Professores desaparecidos, aposentados uns, licenciados outros, não recebemos durante o currículo a palavra direta e viva, sinão os conhecimentos buscados em seus escritos. Somos privilegiados, porque libertou-nos o fado da profecia pressaga de ALVARES DE AZEVEDO. O sopro gélido da morte não embaça o brilho das nossas festividades, nem seu mantó cobre, com mortalha de nênias, as alelúias da nossa satisfação. Átropos, a deusa impiedosa, dileta favorita do Érebo e da Noite, a nenhum cortou o fio da vida. . ou para que nossa alegria não se vestisse de luto, ou porque visse serem a nossa união e a nossa amizade tão indestrutíveis, que a própria separação da morte não conseguiria aniquilá-las.

* * *

O ambiente de festa e de luzes testemunha a despedida da Academia. Ela nos acena o gesto largo e longo do adeus, solícita em vir dar-nos pela vez derradeira a última lição,

os conselhos que a emoção no momento faz mal balbuciados:

— Não profaneis o templo da Justiça, mercadejando o Direito.

— Não useis da palavra, na cátedra, na tribuna, no pretório, sinão para defender o fraco contra a prepotência do forte, sinão para anatematizar o êrro e apostrofar a fraude.

— Não transformeis a vossa profissão em méro pretexto para locupletamentos.

— Não desvieis o rumo da Justiça ante as ameaças da fôrça ou as seduçõs do poder.

— Quando investidos da majestade olímpica de Juizes, não sejais como verdugos, agravando o rigor insensível das punições.

— Vivei sem tergiversações; quando a Pátria conclamar seus filhos para a defesa da sua dignidade ultrajada, sêde como vexilários, e cumprí a tradição de heroismo das Arcadas.

— Lembrai-vos que o ateismo não se compadece com o homem do Direito: CRISTO é o fim da Lei, e não ha Justiça sem Deus.

— Imprimí à vossa luta o sentido nobre do sacrificio pelo Ideal e, como os apóstolos seguindo a exortação do Mestre Nazareno, diligenciai para vos aperceberdes das armas necessárias: “Qui non habet, vendat tunicam suam et emat gladium”

— Não permitais que, por pusilanimidade vossa, o Brasil seja compelido a curvar-se dolorosamente ante injunções estranhas. Tendes um dever sublime que será a coroa de louros da vossa geração e o seu martírio: empunhar a bandeira da honra nacional e ostentá-la sobranceiramente para que a felonía e a traição de estrangeiros, de dentro como de fóra, não vinguem na Pátria que é nossa, que é vossa, e de mais ninguém sinão de Brasileiros.

Essa é, meus amigos e meus colegas, a voz da Academia: vinda do fundo dos seus centenários anos...

ouvida na terra piratiningana e ressoada pelos rincões todos da brasílica. .

confirmada pelo beneplácito de virtuosos cenobitas. .

surgida, como iluminura, da névoa dos tempos...

nascida da austeridade respeitável da fala dos mestres...

brotada das estrofes luminosas dos seus poetas, que impregnaram as Arcadas das inspirações dos seus amores e das suas tristezas, das suas ilusões e das suas tragédias...

revestida do misticismo dos cânticos religiosos dos monges de S. Francisco e animada pelo entusiasmo primaveril da sua juventude...

ela é o verbo coruscante da mocidade, que muita vez, como Cassandra prevenindo Príamo, como Loth admoestando os Sodomitas, sacudiu a consciência jurídica do Brasil para que não sucumbisse ele no opróbrio da inconstitucionalidade.

* * *

A dignidade do bacharelado, insígnia recebida em meio da alacridade de uma dispersão perfumada pelos enlevos afetivos da família e suavizada pelas congratulações dos entes queridos, seja para nós augúrio de um futuro auspicioso, subordinado à crença imarcessível no bom, no justo e no honesto, que buscaremos sempre, como cintilações de rubí engastado no ostensório da Lei.

* * *

Narram os fastos do Livro Santo que Davi, após a vitória conseguida sobre o Gigante, levou a sua espada ao tabernáculo, em devoto e grato oferecimento a Deus. Pelo suceder das vicissitudes, viu-se o profeta-rei necessitado de novos alentos para prosseguir na pugna contra os inimigos de Israel. Volta então ao tabernáculo e o Sumo Sacerdote lhe dá, com os pães santificados da proposição, a mesma espada que cortara a cabeça filistéia no Vale do Terebinto.

Nas passagens emocionantes da luta incruenta pela Justiça, quando sentirmos que nos desfalece o ânimo, voltemos à Academia, — Tabernáculo do Direito —, e busquemos forças espirituais no Santuário da sua tradição. Veremos, em sugestiva romagem, a Academia e a Igreja comungando na mesma missão evangelizadora. Dois séculos antes de haver o douto AVELAR BROTERO proferido na sacristia do monastério a “Oração da Sapiência”, segundo as usanças da Universidade Conimbricense, as mãos frias e magras de um monge trabalham o sábio, a táipa e o humus da terra paulista, para edificar uma habitação destinada à vida religiosa...

* * *

..... E vós, Frei FRANCISCO DAS NEVES, custódio da Ordem Seráfica de São Francisco de Assis, quando plantastes em 1643, no alto da colina de Piratininga, o germe do monumento estilo barroco-jesuítico-século XVIII, que recorda a arte aprimorada de LUIZ XV e BERNINI, de CHURRIGUERA e D. João V, não teríeis rezado a Deus, naquele dilúculo brumoso da História de São Paulo, não teríeis rezado FREI FRANCISCO, para que Deus desse ao corpo físico do convento uma alma, a alma vibrante e imortal da mocidade, e uma consciência — A CONCIÊNCIA JURÍDICA DA NAÇÃO?

Três Poetas (*)

Ernesto Leme

Senhores:

Aos 15 de novembro de 1892, o carinho dos moços academicos inaugurava, na frontaria desta Faculdade, por iniciativa de CESAR BIERRENBACH, as lápides em que se inscreviam os nomes de tres grandes poetas, que por aqui passaram — ALVARES DE AZEVEDO, FAGUNDES VARELLA e CASTRO ALVES.

O barro, em que se batera a antiga casa de estudo, não podia durar eternamente. Ruiram, um dia, as velhas paredes, levando comsigo um século de tradições venerandas, para que sobre o mesmo sólo sagrado se erguessem os muros do novo edificio, em que se guardaram as linhas do vetusto cenóbio franciscano. E, no frontespicio da nova Academia, antes mesmo que a construção por inteiro se conclúa, voltam a ocupar os seus lugares as mesmas placas de mármore, que ha quarenta e nove anos assinalam esta Faculdade como o pouso do Sonho e da Poesia.

Não ha estranhar-se que numa escola, consagrada ao direito, se perpetúe a memoria de tres estudantes, cujos nomes se insculpiram, nos fastos da literatura nacional, como altissimos poetas. Filhos destas arcadas, onde passaram uma fase de sua existencia, assás breve, para todos êles, o que aumenta a significação da obra, que nos legaram, a sua gloria é um patrimonio desta casa e a sua lembrança é um exemplo, para as gerações que por aqui se sucedem.

(*) Discurso proferido na Faculdade de Direito, a 17 de agosto de 1941, ao serem recolocadas as placas em homenagem a Alvares de Azevedo, Fagundes Varella e Castro Alves.

Não têm hoje os grandes vates, para fazer o seu elogio, a eloquencia cintilante de BRASÍLIO MACHADO, nem o prestígio de AURELIANO COUTINHO, nem a inspiração de CESAR BIERRENBACH, nem a finura do então estudante MAGALHÃES DE AZEREDO. Dentre esses eleitos da intelligencia, tres já se foram, deixando um estendal de luz, em sua trajetoria pela terra. Sómente o ultimo ainda vive, após uma fulgurante carreira diplomatica, esculpindo, em versos imorredouros, a reputação de um dos mais puros parnasianos, de que o Brasil se orgulha.

O destino cruel não consentiu que esta festividade tivesse o brilho da palavra de ALCANTARA MACHADO, designado anteriormente para expressar a solidariedade da Congregação dos professores deste instituto ao júbilo da classe academica, pela reposição das placas comemorativas dos tres poetas eminentissimos. Bem percebeis, senhores, o meu embaraço, recolhendo de tão excelso mestre e exímio homem de letras, a herança de uma representação dessa responsabilidade. Permitti-me, pois, que reverente me incline, recitando o — *Domine, non sum dignus...*

Diversos em sua formação mental, nas tendencias de sua arte, nas diretrizes de sua carreira, tiveram AZEVEDO, VARELLA e CASTRO ALVES, a identidade da mesma predestinação. Mortos em plena juventude, aos vinte e um, aos trinta e tres e aos vinte e quatro anos, disputam-se o principado das Musas, nesta Academia.

Precedeu a todos ALVARES DE AZEVEDO, “o primeiro mito de nossa teogonia”, na linguagem de CESAR BIERRENBACH. VARELLA e CASTRO ALVES encontraram aqui bem viva a sua tradição, quando vieram cursar as aulas da velha Faculdade, em 1862, e em 1868. “Eis-me em São Paulo”, escrevia CASTRO ALVES, logo ao chegar, “na terra de AZEVEDO, na bela cidade das névoas e das mantilhas, no sólo que casa Heidelberg com a Andalusia”. Depara aqui uma cidade morta, de que esta escola era o unico centro de irradiação:

“...casas que parecem feitas antes do mundo, tanto são pretas; ruas, que parecem feitas depois do mundo — tanto são desertas”... VARELLA sente sobre si projetar-se a sombra de Macario, buscando inspiração, na “Noite na taverna”, para as suas “Ruínas da Gloria”.

Os vates das “Vozes da América” e das “Espumas Flutuantes” estimam-se e mutuamente se compreendem: sente-se, no moço baiano, a marca do lirismo de VARELLA, como se percebe, no bardo fluminense, o desejo de alçar os remígios, como CASTRO ALVES, em seus arroubos de condor. .

Poeta subjetivo, de uma sensibilidade doentia, não teve MANUEL ANTONIO ÁLVARES DE AZEVEDO o tempo suficiente para demonstrar todas as suas possibilidades artisticas. Na apreciação justa de ESCRAGNOLLE DORIA, citado por VICENTE DE AZEVEDO, (*Álvares de Azevedo*, p. 152), “deixou-nos o lindo, o maravilhoso, o férvido prefacio de uma grande obra, cosida às pressas pelo destino, e odiosamente rasgado de cima para baixo”.

Morrendo aos vinte e um anos incompletos, legou-nos a herança literaria de um genio, que a si proprio se buscava, modelando em barro grosseiro o seu perfil para a posteridade. Aquele rapaz, que outróra vivia numa ilha da Albion, e “que não encontrava encanto nas sendas da Virtude”, nos versos de BYRON, não era propriamente o ideal com que sonhava o grande poeta paulista, educado na ternura de um lar venerando, entre os cuidados de uma mãe amantissima e de irmãs, que o idolatravam. Sua delicadeza quase feminina, sua sensibilidade aguçada pela precencia da morte, que se avizinhava, não lhe consentiam contacto com as asperezas de Childe-Harold, nem com a brutalidade da existencia de seu creador . .

“Ao pé das aras, ao clarão dos cirios,
Eu te devêra consagrar meus dias.
Perdão, meu Deus! perdão.
Se neguei meu Senhor nos meus delirios
E um canto de enganosas melodias
Levou meu coração!”

A morte foi a sua obsessão de todas as horas:

“A minha alma só canta a sepultura”,

querendo que a vida se lhe esvasse docemente,

“Invejo as flores que murchando morrem”.

E embora procure iludir-se a si proprio, nas paginas de “Eutanásia”: “E quem to disse — que a morte é a noite escura e fria, o leito de terra úmida, a podridão e o lodo? Quem to disse — que a morte não era mais bela que as flores sem cheiro da infancia, que os perfumes peregrinos e sem flores da adolescencia? Quem to disse — que a vida não é uma mentira? — que a morte não é o leito das trêmulas venturas?” — sente-se o amargor com que percebe a aproximação do instante supremo, destruindo os sonhos de sua ardorosa juventude:

“Quanta gloria pressinto em meu futuro
Que aurora de porvir e que manhã!”

E quando, na tarde de 25 de abril de 1852, sente que a hora terrivel se aproxima, ergue-se no leito, recosta-se aos braços de seu irmão JOAQUIM IGNACIO e, osculando a mão de seu progenitor, a quem fita com extremos de carinho, murmura, antecipando-se ao juízo do futuro: “Que fatalidade, meu pai!”

A influencia de BYRON sobre AZEVEDO vai repercutir, mais tarde, nesse eleito das Musas, cujo centenario de nascimento hoje comemoramos — LUÍS NICOLÁU FAGUNDES VARELLA.

O poeta sofre. A dor é um crisol, em que se apuram e se cristalizam as suas emoções artisticas, inspirando-lhe paginas das mais comoventes em nossa literatura:

“.. Vejo esparsas
Saudades e perpetuas, sinto o aroma
Do incenso das igrejas, ouço os cantos
Dos ministros de Deus, que me repetem
Que não és mais da terra!”

Convencido que o seu mal é sem cura.

“Ai! nenhum Mago da Caldeia sábia
A dor abrandará que me devóra”,

entrega-se perdidamente à sua vida irregular de boêmio, esquecido da família e do mundo.

Esperdiçando, como um nabábo, o seu talento peregrino, ao contrario de ALVARES DE AZEVEDO, que fôra sempre estudante modelar e jamais se olvidava, em seus devaneios poéticos, de seus deveres escolares, VARELLA se contenta em passear pelos sombrios corredores do mosteiro, a cujo corpo discente se orgulhava em pertencer:

“Póde bem ser que livros não abraisse,
Que não votasse amor à sábia casta,
Mas, tinha o nome inscrito entre os alunos
Da escola de São Paulo, e é o quanto basta” ..

Contam, aliás, que o mesmo acontecia com ANTONIO DE CASTRO ALVES, a quem um antigo mestre de direito civil, nesta Faculdade, teria dito, na banca de exame, sem deixar, contudo, de aprová-lo: “Seu CASTRO ALVES, aprecio muito seus versos; mas, de direito, o senhor não entende”...

É possível mesmo que não entendesse, pois a sua vocação era bem outra. Afagado dos deuses, que lhe deram a efemeridade de uma vida gloriosa, foi, no arrojo de suas hipérboles, o apóstolo da redenção de uma raça, que nêle teve o seu divino cantor.

Aqui chegou, vindo do Recife, no mesmo ano de 1868, em que para esta Faculdade se transferia o terceiro anista RUY BARBOSA e daqui escrevia, a 20 de março, ao seu amigo LUÍS CORNELIO DOS SANTOS: “Estou na Academia, ouvindo o grande JOSÉ BONIFACIO”...

A sua facilidade em compor, que lhe valera delirantes aplausos das platéas, em Pernambuco, nos inspirados improvisos de seu prélio contra TOBIAS BARRETO, creára-lhe uma aura de expectativa, entre os academicos de São Paulo, para os quais

“Sacóde estrofes, qual do rio a garça
Pérolas solta das brilhantes plumas” ..

Encontra aqui ambiente propicio para a sua campanha abolicionista e, enquanto o verbo dos estudantes JOAQUIM NABUCO e RUY BARBOSA, nos comicios populares, córta o gelo da indiferença pública, o éstro de CASTRO ALVES despede chispas de fogo, que cégam e estonteiam:

“Sinto não ter um raio em cada verso
Para escrever na frente do perverso:
“Maldição sobre vós!”

E a sua imaginação portentosa faz deslizar sobre as ondas, com a carga miseravel, o brigue maldito, em que a ambição de alguns homens conduz entes humanos, para o comercio infamante. É numa sala desta Faculdade, ante um auditorio petrificado pela emoção, que o moço baiano, a frente escampa, revolta a cabeleira leonina, risca o espaço com o látego de sua apóstrofe incomparavel:

“O’ mar, porque não apagas
Com a esponja de tuas vagas
Do teu manto este, borrão?
Astros! noites! tempestades!
Rolai das imensidades!
Varrei os mares, tufão!”...

Pobre Cecéu! Não lhe consentiria a fortuna saudar, com os olhos úmidos de emoção, a aurora da libertação dos cativos. A desgraça espreitava-o na primeira curva do caminho e ei-lo que retórna à Bahia, “silencioso e alquebrado”, para morrer. Em vão se conjugam todos os recursos da ciencia e todos os afetos da familia: o gigante caíra, para não mais se levantar

Èle proprio não se ilude, quanto ao destino implacavel, que o aguarda:

“ .. De uma cruz ao longe os braços
Vejo abrirem-se ao misero precito” ..

e o sentimento dos sonhos estiolados, dos entusiasmos arrefecidos, das esperanças fanadas, fá-lo imaginar a inanidade de sua gloria, que nunca poderia supor se alcandorasse aos píncaros a que atingiu:

“Mas quando a terra diz: — Ele não morre”

Responde o desgraçado: — “Eu não vivi!”...

Como te enganavas, meu excelso poeta! Se isto é acaso a morte, nós todos, que nos supomos vivos, desejaríamos também morrer. Que impórta tenha a materia de novo se convertido no pó de que era feita, se os teus versos, candentes, como a flama de tua mocidade, garantem a perpetuidade de teu nome?

E estas lápides de mármore, que hoje repomos em seu sólio, justa reverencia da Faculdade de Direito a tres de seus filhos bem amados, que aqui viveram e sonharam, mostram que o Tempo não póde apagar, na alma das gerações academicas, o facho de idealismo, que aqui entesouramos.

Passam os homens e os dias, transformam-se os costumes e as leis, cáem os muros de taipa, erguem-se as paredes de granito, mas a tradição, que é a nossa força, não morre.

E é por isso que vemos, no dia de hoje, primeiro domingo que se seguiu à data aniversaria da criação dos cursos juridicos no Brasil, como todos os anos acontece, entoarem-se preces, em todos os quadrantes do país, a este templo de civismo e aqui virem, homens de todas as idades e de todas as condições, desde os que já exerceram a mais alta magistratura da República, até os mais humildes servidores da justiça, nesta romagem de afeto ao seio da Academia *mater*, ganhando novo alento para melhor amá-la e servi-la.

Numa réplica à corrida de archotes de Lucrecio, a chama do idealismo não passa aqui das mãos dos velhos e cansados para as mãos dos que são jovens e fôrtes, — *et quasi cursores lampada tradunt*, — mas, acesas, as tochas empunhadas pelos mais moços, não cedem os antigos o ardor, que os impulsiona. E, lado a lado, os que contem-

plam de perto as sombras do crepúsculo e os que têm ainda o sol da manhã a redoirar-lhes a fronte, desfilam ante o altar sacrossanto sobre cujas pedras juraram servir à Patria e ao Direito.

Mas, eis que um frêmito de luz corre o recinto sagrado. Fórmias invisíveis também descem, despida a jaqueta dos efêmeros e revestidas do péplum roçagante dos imortais, deslisam pelo pateo interno e seguem, empunhando a flama inextinguível. Alguns são velhos, encanecidos nas lutas terrenas e estemados de gloria, outros são moços, para quem a vida foi um proemio inacabado de ilusões que floriavam. Seus pés não tocam a poeira do mundo e, em torno às suas sombras, um halo de luz resplandece. Juntam-se ao séquito daquêles que, representando sessenta e cinco turmas académicas, de 1877 a 1940, trazem hoje um tributo de amor e de fé à velha Academia.

Sobre a ara das recordações de sua juventude, depõem todos um ósculo de saudade. Erguem o olhar para a casa de seu afeto e saúdam reverentes os tres nomes, com que ornamos o friso deste Partenon. E a vossa lembrança, — ALVARES DE AZEVEDO, FAGUNDES VARELLA e CASTRO ALVES, aí fica, no frontespicio desta Faculdade, como sinete de toda a sua grandeza, simbolo de como o seu ideal nunca perece, pois ilumina-o a luz da eterna Poesia!

Comentarios

Maioridade aos 18 anos

Cesarino Junior

Estamos procedendo à revisão do Código Civil. É, portanto, oportuno cogitar de certas reformas que a época impõe. Uma delas é, exatamente, a questão da idade em que se deve fixar a maioridade civil.

Não é de estranhar-se cogite do assunto um professor de Direito Social. Já foi ele criticado, mais de uma vez, por atribuir uma função absorvente à sua disciplina... Mas, a realidade é que o sentido social é hoje comum a todos os ramos do Direito, embora se haja concentrado no que se chama o Direito Social Restrito ou Direito Social *tout court*. Daí que caiba a ele também preocupar-se com o problema da modificação da idade em que o indivíduo deve ser declarado maior, mesmo porque é ele um precursor nestes assuntos.

Com efeito, na Italia, a capacidade para a celebração do contrato individual de trabalho tende a fixar-se nos 18 anos. O mesmo acontece, entre nós, quanto à capacidade para estar em juízo (na Justiça do Trabalho), não se exigindo dos menores (púberes) a assistência dos pais ou tutores, para poderem litigar em questões oriundas de contrato de trabalho.

Aliás em nossa legislação, mesmo constitucional, já se verifica uma tendência neste sentido, pois os maiores de 18 anos, embora civilmente incapazes, têm sido considerados politicamente capazes, visto como se lhes concedeu o direito de alistar-se como eleitores e, consequentemente, de votar. Chegou-se assim ao absurdo de se permitir a uma pessoa a intervenção nos próprios destinos da nacionalidade, embora se continue a considerá-la incompetente para dirigir os próprios destinos individuais.

A realidade está a exigir uma solução mais exata. Não estamos mais na época em que um homem de 25 anos era ainda um donzelão.. Os imperativos do dinamismo da vida moderna, complicando e dificultando a existência, aproveitando o trabalho de quasi crianças, e, assim, pondo-as mais cedo em íntimo contacto com os problemas do *struggle for life*, indicam a necessidade dessa revisão.

Os vendedores de jornais, os empregados, os *office boys*, são todos ou quasi todos, sinão meninos, porque é proibido o trabalho antes dos 14 anos, pelo menos profundamente jovens. Não temos em mãos, no momento, dados estatísticos, mas as observações mais ou menos empíricas que temos feito, nos hão convencido de ser muito grande o número de jovens que não somente trabalham, mas trabalham em cargos de responsabilidade, constituem família e apresentam já apreciavel contribuição ao progresso da civilização, em todos os seus setores.

O dinamismo, a rapidez é — já o dissemos — um imperativo do século. Com razão dizia KILPATRIK que, o que é da véspera, hoje em dia, já é caduco. Logo, porque manter a ficção de que os individuos de menos de 21 anos são juridicamente incapazes, quando, de fato, realisticamente, eles, entre os 18 e 21 anos, são muitas vezes mais capazes que seus próprios pais? Não é certo que os jovens de hoje, sejam quais forem as suas condições econômicas, têm, quasi sempre, mercê da contribuição do rádio, do cinema, da imprensa, muito mais cultura que seus próprios pais?

Aliás, o próprio Código Civil permite já a *emancipação* aos 18 anos, por outorga dos pais ou tutores.

Porque não generalizar a medida, estabelecendo o novo Código Civil que a maioridade civil começa aos 18 anos completos?

O Código de Processo e a Justiça de Paz

Miguel Reale

Agora que se cogita da modificação da lei de organização judiciária do Estado, não é demais analisar a conveniência de se restabelecer a competência da Justiça de paz para julgar ações até uma certa alçada. Essa medida teria, a nosso ver, a vantagem de des congestionar os serviços dos Juizes de Direito, hoje em dia sobrecarregados de atribuições. Embora não tenhamos conhecimentos de estatísticas a respeito, não será desarrazoado crer que uma boa percentagem das audiências de instrução e julgamento se destina à decisão de ações de valor inferior a 1:000\$000.

Essa situação redundante não só em um atraso, que vai assustadoramente crescendo, na designação das audiências, como torna excessivas as despesas judiciais dos pequenos feitos, de tal maneira que muitos são os que preferem não fazer valer os seus direitos quando sabedores de que o dispêndio com as custas poderá superar o valor do pedido. Dess'arte, a vantagem de um julgamento mais criterioso se torna praticamente inexistente, tais os tropeços de ordem material.

Ora, quer nos parecer que a fixação da competência da Justiça de paz, com recurso de suas decisões para a Justiça togada, viria, de um lado, resolver, em parte, a questão do acúmulo das audiências a cargo dos Juizes de Direito, e, do outro, diminuir as despesas dos processos.

Entretanto, pode parecer, à vista dos artigos 839 e seus parágrafos e 840 do Código de Processo, ser vedado conferir aos Juizes de paz competência para processar e julgar ações de valor igual ou inferior a 2:000\$00, visto como tais ações são declaradas da competência dos Juizes de Direito, devendo os respectivos embargos de nulidade ou infringente de julgado e de declaração ser deduzidos perante o mesmo Juizo. A idéia, por conseguinte, de uma Justiça de paz com determinada competência e recurso de suas decisões à Justiça togada, resultaria impossível "ex-vi" da lei processual.

Somos, porém, de opinião que, nêsse ponto, o Código de Processo se choca com um dispositivo expresso da Constituição de 10 de Novembro, cujo artigo 104 dispõe: “Os Estados poderão criar a Justiça de paz eletiva, fixando-lhe a competência, com a ressalva do recurso das suas decisões para a Justiça togada”.

Em verdade, é preciso notar que a Constituição de 10 de Novembro de 1937 não realizou senão a unificação do Direito Processual, já anteriormente consagrada pela Constituição de 1934, sem privar os Estados da competência privativa de legislar sôbre a sua divisão e organização judiciária. Ao contrário, a Constituição vigente assegura, da maneira mais cristalina, a autonomia estadual no que concerne à divisão e organização de seus órgãos judicantes, determinando apenas a observância de certos *princípios*.

Examinando-se os artigos 91, 92 e 103 da Constituição Federal, verifica-se que a Lei Magna reconhece a competência privativa dos poderes estaduais, traçando-lhes princípios, a que deverão necessariamente se adstringir, tais como a vitaliciedade e a inamovibilidade dos Magistrados, a irredutibilidade de seus vencimentos, a incompatibilidade da Magistratura com o exercício de qualquer outra função pública, a investidura dos primeiros grãos mediante concurso organizado pelo Tribunal de Apelação, a investidura nos grãos superiores mediante promoção por antiguidade e por merecimento, etc..

Aos dez princípios que a Constituição taxativamente enumera em seus artigos 103, devemos acrescentar o do artigo 105 relativo à participação de um quinto de advogados ou de membros do Ministério Público na composição dos Tribunais de Apelação, e mais os dos artigos 107, 108 e 109, sôbre a competência dos Juizes das Capitais dos Estados nas causas propostas pela União ou contra ela, o recurso direto respectivo para o Supremo Tribunal, etc..

Por conseguinte, em matéria de organização judiciária, prevalece o princípio da competência exclusiva dos Poderes Estaduais dentro dos limites claramente traçados pela Constituição. Além dessas restrições constitucionais, — que atendem, quer à garantia e à dignidade da Magistratura, quer a altos interesses da União, — nenhuma outra sofrem os Estados, só podendo surgir outras mediante *leis federais especiais de caráter constitucional*. Assim sendo, ainda que o Código de Processo Civil contivesse dispositivos que implicassem em restrições à autonomia estadual relativamente à organização de sua Justiça, deveria prevalecer o texto constitucional.

É claro que está assim assegurado pela Carta Constitucional o direito dos Estados de criar Justiça de paz, mesmo eletiva, desde que haja recurso aos Juizes togados de suas decisões. Assim sendo

os artigos 839 e 840 do estatuto processual não impedem a solução que aventamos. A luz do claro dispositivo constitucional acima citado, ou concluimos pela inconstitucionalidade dos artigos 839 e 840 do Código de Processo ou é necessário interpretálos como des-paz com alçada ou de resolverem atribuir aos juizes de paz competência para julgar ações de valor inferior a 500\$000, como é aconselhavel. Nas ações de valor superior a 500\$000 até 21:000\$000 aplicar-se-ia integralmente o Código de Processo.

Nem é admissível a teoria daqueles que dizem que o Código de Processo, lei federal que é, revogou o citado texto da Constituição. A distinção entre leis constitucionais e leis ordinárias continua a ser fundamental, de maneira que, com apóio na Constituição, poderão os Estados criar livremente a Justiça da paz fixando a sua competência, não obstante os infelizes dispositivos da lei processual, desde que se estabeleça recurso à Justiça togada.

O Código Penal e a pena de morte

G. de Almeida Moura

O Código Penal brasileiro de 1940 não incluiu, na relação do art. 28, a pena de morte.

Embora se possa afirmar, sem receio de contestação ponderável, que foi melhor assim, perguntamos se, constitucionalmente, tinha o legislador essa liberdade.

O art. 122 n. 13 da Constituição de 1937 dispusera que, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, “poderia” a lei prescrever a pena de morte, não só para alguns casos de crimes políticos, que vinham enumerados, como para o de “homicídio cometido por motivo fútil e extremos de perversidade”.

Era uma norma facultativa, dirigida ao legislador ordinário. Eis porque o saudoso professor ALCÂNTARA MACHADO assim se pronunciou, na exposição de motivos de seu já famoso projeto de Código:

“Não propomos o restabelecimento da pena de morte, que a República aboliu. Inútil seria reabrir um debate secular, em que se esgotaram, de parte a parte, todos os argumentos. Basta a convicção, que temos, de que as condições atuais do meio brasileiro não exigem a adoção de uma penalidade, contra a qual se levantam objeções da maior gravidade e transcendência.

Ressalvada a nossa maneira de encarar o problema, deixamos a solução ao critério do Governo; e, a exemplo de JORGE COHL e EUSEBIO GÓMEZ, autores do projeto argentino, redigimos as disposições correspondentes, para o caso do Governo entender de usar da faculdade conferida pelo art. 122 n. XIII da lei constitucional em vigor” (“Revista da Faculdade”, XXXIV, II, maio-agosto de 1938, p. 215)

Acontece, no entanto, que, exatamente um dia após a motivação do eminente mestre, a lei constitucional n. 1, de 16 de maio de 1938, que emendou o art. 122 n. 13 da Constituição, tornou obrigatório o preceito.

A emenda estabeleceu que a pena de morte “seria” aplicada nas hipóteses das letras *a* a *j*.

A da letra *i* se refere a atentados cometidos contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República, e a da

letra *j* ao “homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade”

Apesar-dos entendidos poderem discutir se o delito previsto na letra *i* é de caráter político, ou se é mixto, não ha dúvida que o da letra *j* é de natureza comum, tanto que não iria o Código Penal juntá-lo às exceções do art. 360.

É de se notar, ainda, que, no mesmo dia em que se promulgou a emenda constitucional, o decreto-lei n. 428, de 16 de maio de 1938, dispôs sobre o processo dos crimes definidos nas leis ns. 38 e 136, de 4 de abril e 14 de dezembro de 1935; repetiu, no art. 2.º, ns. 1 a 8, a enumeração dos delitos políticos capitulados pela emenda constitucional; enfileirou, ao lado deles, no n. 9, os atentados contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do presidente da República, e estabeleceu o processo de execução da pena: o fuzilamento, em uma das prisões do Estado, designada pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores (art. 2.º, § 3.º)

Ora, uma vez que a lei ordinária tratou, concomitantemente, de pôr em vigor, na parte política, o novo dispositivo constitucional, parece que, no que concerne ao delito comum nele previsto, não podia o codificador penal fugir ao cumprimento rigoroso do preceito maior, tanto que, se a emenda constitucional tivesse pretendido apenas acrescentar alguns casos aos que já vinham no texto primitivo, de 1937, não teria substituído a expressão “a lei poderá prescrever a pena de morte” por esta, de meridiana clareza: “a pena de morte será aplicada”

Quer dizer que, tendo sido pelo menos incompleto o Código Penal, ficamos diante da alternativa de reformá-lo, a ele e ao Código do Processo, ou de esperarmos que uma nova emenda constitucional restabeleça o texto primitivo da Constituição, pelo menos quanto ao crime comum. Somos pela segunda solução, desde que o sistema penológico do Código é satisfatório e atende, pelo seu pluralismo, moderação e flexibilidade, aos melhores requisitos da ciência moderna.

Insistimos no interessante aspecto da questão, por nos parecer que não basta a ampla faculdade legislativa, concedida ao Presidente da República pelo art. 180 da Constituição. Mesmo agora, no regime de exceção em que vivemos, existe o problema da inconstitucionalidade das leis, e o da imperatividade do texto fundamental. A Constituição continua a ocupar o ápice da hierarquia legal, e assim o tem entendido o próprio poder público, desde que, embora combinando o art. 174 com o 180 da Constituição, não se descurou de publicar as chamadas leis constitucionais, sempre que achou de conveniência emendar dispositivos da Carta Nacional.

Bibliografia

BARBOSA DE MAGALHÃES — *Estudos sôbre o novo Código do Processo Civil*, Imprensa Vitória, Lisboa, 1940.

Entre os modernos juristas portugueses ocupa J. M. VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES lugar de primeira linha. Filho do Conselheiro J. M. BARBOSA DE MAGALHÃES, que tão alto renome alcançou na politica e nas letras juridicas, principalmente nestas, em que se destacou pela publicação do *Código Completo do Processo Commercial* e do *Código de Falências Anotado*, de 1899, seguiu os passos do pai. Politico, desempenhou os mais altos postos, de parlamento e de govêrno. Homem de leis, de si mesmo ele o disse, ao proferir, em 26 de fevereiro de 1931, na Academia das Ciências de Lisboa, o elogio histórico de D. Antonio Mendes Belo, Patriarca de Lisboa, "homem de leis, seu fazedor, e seu aplicador por vezes, seu interprete por profissão, tenho sido e sou delas cumpridor, sempre, em todas as circunstâncias, por feitto e por educação"; homem de leis, estava por seus pendores intellectuais indicado naturalmente para o professorado universitário. Não resistiu à tentação. Inscreveu-se, em 1913, em concurso para professor do grupo de ciências juridicas da Faculdade dos Estudos Sociais e de Direito da Universidade de Lisboa. Sua dissertação — *Seguro contra accidentes de trabalho — Da responsabilidade civil pelos accidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro* (Empresa Lusitana Editora, Lisboa, 1913), revelou o jurista de raça. Teve a consagração merecida, vindo ocupar a cátedra de direito commercial da Faculdade de Direito de Lisboa, de que, recentemente, o afastou, por aposentação forçada, ato de govêrno. Mas tambem o seu lêma era: *servi legis sumus, ut libri esse possumus*.

Professor de direito commercial, tambem se destacou BARBOSA DE MAGALHÃES como internacionalista. Membro da Academia de Direito Internacional da Haia e da comissão de peritos da Sociedade das Nações para a codificação progressiva do direito internacional, salientaram-se os seus méritos no curso que realizou na Academia de Direito Internacional, publicado no *Recueil des Cours*, de 1929, sobre — *La doctrine du domicile en Droit International Privé*. Se, no ano anterior, interessantissima conferência havia feito, em 17 de março de 1928, no salão da Academia de Ciências de Lisboa sobre — *A obra do espanhol Fray Francisco de Vitória, a fundação do*

direito das gentes e o atual direito internacional (Famalicão, Tipografia Minerva, 1928), o seu relatório, apresentado em 8 de agosto de 1932, ao 1.º Congresso Internacional de Direito Comparado, da Haia — *La nationalité des sociétés de commerce d'après la législation portugaise* (Vila Nova de Famalicão, Tipografia Minerva, 1932) deu bem a medida de seus grandes conhecimentos jurídicos.

Não era de estranhar, portanto, que, tendo de organizar a comissão revisora do projeto do código do processo civil, da autoria de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, o notável processualista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o Ministro da Justiça, MANUEL RODRIGUES, ha pouco saído do alto cargo, que por muitos anos ocupou, com brilho invulgar, nela incluisse BARBOSA DE MAGALHÃES, seu antigo colega na Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Tendo apresentado áquela comissão alguns relatórios sobre importantes problemas processuais, reuniu-os BARBOSA DE MAGALHÃES em volume — *Estudos sobre o novo Código do Processo Civil*, primeiro da série, que tenciona ir publicando, à medida que suas múltiplas ocupações lhe fôrem deixando horas vagas.

Divide-se o livro em duas partes. A primeira contém relatórios: sobre o capítulo segundo do livro primeiro — das partes; sobre o capítulo quarto do título primeiro do livro terceiro — das nulidades do processo; sobre o capítulo segundo do título segundo do livro terceiro — despacho saneador; sobre a secção decima quarta do capítulo quinto do livro terceiro — exercício de direitos sociais; sobre a secção primeira do subtítulo primeiro do título segundo do livro terceiro da parte segunda — disposições gerais sobre o pagamento no processo de execução; e, ainda, sobre processos de direito marítimo, a saber: prestação de caução (como ato preparatório); arresto em navios; penhora de navios; expurgação de hipotecas sobre navios; regulação e repartição de avarias; providências relativas a navios e sua carga; exigência de créditos privilegiados. Na segunda parte se encontram varios trabalhos, muitos dos quais publicados na *Gazeta da Relação de Lisboa*, antiquissima revista, fundada por BARBOSA DE MAGALHÃES, pái, e continuada pelo filho, agora suspensa indefinidamente, pelo mesmo ato de aposentação deste. Destaca-se entre eles a bela conferência, realizada aos 19 de abril de 1940, na Ordem dos Advogados de Portugal — *Aparência e realidade no novo código de processo civil. O poder discricionário do juiz e a crise da verlade, da lei e da justiça*. A crítica, levada a efeito nessa interessantissima conferência, vivaz e profunda, empresta ao livro singular relevância. Os conceitos, nela espen-

dados, são de inteira oportunidade, tanto em Portugal, quanto no Brasil.

Tem o código brasileiro de processo suas raízes no código português. Tomou-o por modelo. Repetiu-se a historia. Daí o interesse do livro, que acaba de ser publicado. Ha nele ensinamentos preciosos e observações justissimas, dignos de apreço e de meditação.

Fique, nesta noticia bibliográfica, passagem da conferência, no livro reimpressa e aditada.

“Como melhor fórmula de chegar à arisca e voluvel verdade, o código resolveu manter em toda a sua plenitude o discutido principio da *oralidade*, que o dec. 21.694 estendera entre nós ao processo civil e que traz consigo, como acólitos, o principio da *concentração* e aquele outro que os italianos designam por *immediatezza* e os brasileiros por *imediatez* e que nós temos de designar por *contacto* do juiz com as partes e as provas.

“Estou em crer que o illustre auditório pensa, talvez com certa satisfação, que eu vou agora discretar a favor ou contra a *oralidade*.

“Se assim é, sinto ter de lhe causar uma desilusão.

“A oralidade seria assunto para uma palestra inteira ou mesmo para mais do que uma.

“E, por agora, é inoportuna a sua discussão; os seus partidários não precisam de pugnar por ela, visto que ela já está vitoriosa; aos seus adversários não vale a pena agora combatê-la, porque, de momento, nada podem conseguir senão ser apodados de *saudosistas*, como no Brasil, de *nudistas*, como na Itália, ou de *bótas de elástico*, calão português.

“A uns e outros convém que mais algum tempo de experiência possa mostrar melhor as suas vantagens ou os seus inconvenientes”.

Retirado de sua cátedra universitária, entregue aos labores culturais e à atividade profissional, BARBOSA DE MAGALHÃES nos anuncia, para breve, o primeiro volume do seu *Tratado de Direito Commercial*.

Aguardando-o, dirigimos ao professor insigne afetuosa palavra de solidariedade e de particular estima, que ele, por todos os titulos e motivos, bem merece.

W. F.

MARIO A. RIVAROLA — 1. *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, Companhia Argentina de Editores, 6 vols., Buenos Aires, 1938 a 1940. 2. *Regimen legal de la sociedad anonima*, Talleres Gráficos Juan Perrotti, Buenos Aires, 1941. 3. *La Casa de los Pleitos*, Editorial Argentina de Ciencias Politicas, Buenos Aires, 1927.

1. Professor de sociedades anônimas e de seguros na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade de Buenos Aires, na qual vem, de ha muito, no conceito de LEOPOLDO MELO, exteriorizando “prestigiosa enseñanza”, destacou-se MARIO A. RIVAROLA como comercialista, por seu estudo juridico econômico — *Sociedades Anonimas*, em tres volumes, consagrado por tres edições, em 1918, em 1924 e em 1935.

Acaba o emérito professor argentino de publicar o *Tratado de Derecho Comercial Argentino*, que vai, sem dúvida, marcar epoca na literatura juridica sul-americana. São seis grandes e alentados tomos. Trata o primeiro da organização legal do trabalho, em quatro títulos. Os atos de comércio e os comerciantes. A organização legal do estabelecimento (*hacienda*) comercial. A organização legal das atividades comerciais. A organização das funções auxiliares do comércio. O segundo é dedicado aos sujeitos do direito comercial, em seis titulos, expondo-se no primeiro os principios gerais. Nos outros titulos, cuida-se dos comerciantes, dos sujeitos coletivos do comércio em geral, abrangendo as sociedades comerciais, divididas, nos dois titulos subsequentes, em sujeitos coletivos, com responsabilidade subsidiária de seus membros, e em sujeitos coletivos, com limitação total de responsabilidade. Diz o titulo sexto do fim da existência dos sujeitos coletivos. O tomo terceiro desdobra-se em dois volumes, que abarcam toda a matéria dos contratos e obrigações comerciais, abrindo com os principios gerais e seguido dos contratos em particular. Contratos relativos à propriedade e gozo das coisas. Contratos relativos a certos bens imateriais. Contratos relativos a certos serviços comerciais. Contratos complementários. Contratos accessórios. Contratos sobre riscos. Contratos sobre o crédito. Entra no quinto tomo o regime legal do estado de quebra, em tres titulos: generalidades, direitos substanciais e direito processual da quebra. Encerra-o a materia prescricional das ações, precedida de principios gerais do instituto da prescrição. O sexto tomo é o dos direitos e obrigações emergentes da navegação, a começar por principios gerais. A exploração do navio, os

contratos próprios do direito comercial privado marítimo, os riscos da navegação, os privilégios marítimos e a prescrição em matéria de direito comercial marítimo epigrafam os vários títulos. Fecha-se o último tomo com dois índices: o alfabético e o das disposições legislativas citadas em toda a obra, premiada pela Comissão Nacional de cultura no Concurso Nacional de Ciências Jurídicas, Sociais e Políticas (1938-1941).

Está a bibliografia comercial argentina, em que se destacam os notáveis tratados de LISANDRO SEGOVIA, MANUEL OBBARRIO e JUAN B. SIBURU, para só mencionar os antigos, enriquecida com este novo e grande tratado, de concepção e feitura originais. Animou-o, de resto, esse proposito, assinalado no prefácio. Eliminadas, quasi totalmente, no direito argentino, as normas de referência aos usos e costumes, a tal ponto que se poderia havê-lo como estático, o autor considerou que a vida comercial é outra. Os fenómenos económicos, que com ela se produzem, não esperam a sanção legal. Acontecem, com ou sem a lei, que especialmente os reja. Partindo desse ponto de vista, cuidou ele, não da letra do código ou das leis subsequentes, para fazer-lhes a exegese, mas dos fatos, afim de determinar o regime applicavel. Pareceu-lhe mais útil, nos tempos, que vivemos, de incessante transformação e renovação, atrás das quais segue, a tão larga distância, a contribuição legislativa, e mais proveitoso, intentar a exposição do direito em relação com a realidade atual, que fazer a dissecação das normas preteritas, postas de lado pela força incontível dos fatos, os quais, não obstante, devem obedecer a regime jurídico.

Justifica a adoção desse plano o subtítulo do tratado: estudo e correlação da legislação argentina vigente. O empreendimento foi executado com precisão e sabedoria. Aproveitando o material ministrado pela prata de casa, imprimiu o autor ao seu tratado característico profundamente nacional. São raras as citações de tratadistas e tribunais estrangeiros. Os institutos são examinados em si mesmos, nos seus aspectos e efeitos, à luz de sua prática contemporânea, e submetidos a critica serena e construtiva.

Em tais condições, o *Tratado de Derecho Comercial Argentino* tem sido recebido com os maiores aplausos e virá a ser o grande livro clássico do direito mercantil argentino.

2. Fundou a Federacion Argentina de Colegios de Abogados, em 1938, a Secção de Direito Comercial do Instituto de Estudos Legislativos. De seus labores resultaram já tres anteprojetos: o de letras de cambio, formulado por MAURICIO L. YADAROLA; o de seguros, por PEDRO E. TORRES. Temos conhecimento daquelle por ter sido publicado no *Boletin de la Facultad de Derecho y Ciencias Socia-*

les, da Universidade Nacional de Cordoba, ano II, fasc. 1, março-abril de 1938. Coube a MARIO A. RIVAROLA elaborar sobre sociedades anônimas. E' o que se contem no volume — *Regimen legal de la sociedad anonima*, que acaba de enviar-nos, dividido em duas partes. Fôrma a primeira a exposição preliminar justificativa do anteprojeto, que na segunda se encontra. Antigo lidador do problema, que faz objeto da disciplina de sua cátedra professoral, não pretendeu ele fazer obra subversiva, a despeito das novidades, que nos textos enxertou. Dois critérios lhe serviram de guia: o da manutenção, em primeiro lugar, das normas vigentes, respeito das quais, longe de abandoná-las sob o pretexto de terem sido ineficazes, mais acertado lhe pareceu melhorá-las, afim de não serem falseadas em sua aplicação; e o da adaptação de práticas já experimentadas, merecedoras de se transformarem em lei. Entre estas, salienta-se o resgate de ações, que constituiria “una novedad cuya iniciativa pertencería a la legislación argentina” Não se trata, nem por analogia remotissima, adverte o autor, de confiscação. Não fere o direito patrimonial dos acionistas, paulatinamente reembolsados de suas contribuições, mas participando dos dividendos correspondentes a suas ações de gozo, não representativas de capital algum. Valha o ensejo para o exame da operação, mais de perto. Quando, preceito é do art. 111 do anteprojeto, o fundo de resgate atingir cinco por cento do capital subscrito, a respectiva importância será destinada ao resgate, por sortêio e por seu valor nominal, das ações inteiramente integralizadas, as quais serão cambiadas por ações de gozo. O resgate se dará sempre que o fundo respectivo atinja aquela porcentagem. As ações, de tal modo resgatadas, não se inutilizarão. São indisponíveis por qualquer fôrma. Ingressarão no ativo social e gozarão do dividendo, que, pelos balanços, lhes corresponda, por igual com qualquer outra, em circulação, da mesma categoria. Da quantia, que assim se lhes credite, se deduzirá o dividendo a ser distribuído aos acionistas de gozo. Quando, pelo disposto no art. 140, a sociedade tiver recebido quarenta por cento ou mais das ações emitidas, a sociedade não poderá mais ser dissolvida, nem posta em estado de liquidação ao fim do prazo estatutário ou de trinta anos, contados de sua inscrição no registro público, senão com o assentimento do poder executivo da Nação.

Em falta deste, e da do governo da Provincia em que tenha a sociedade domicilio, a assembléa geral, convocada para a dissolução da sociedade, poderá optar pela continuidade do seu funcionamento ou pela transferência de seu patrimônio, com seu ativo e passivo, ao fisco nacional ou provincial.

O resgate da totalidade das ações tem por efeito o trespasse do patrimônio da sociedade para o fisco nacional, se inscrita na Capital Federal ou nos territórios nacionais; ou, em caso contrário, ao da Província em que esteja inscrita. A transferencia compreenderá todos os bens, qualquer que seja o lugar em que se encontrem situados.

Eis o ponto saliente do anteprojeto, tendente a socializar, definitivamente, a sociedade anônima. A sugestão é, realmente, inovadora. Mais do que isso, revolucionária. Justificou-a seu autor, argumentando que, resgatadas todas as ações, a sociedade terá ativo que será patrimônio de ninguém, sendo-lhe, portanto, aplicável o princípio do art. 2.342, inciso 3.º, do código civil argentino, segundo o qual “são bens privados do Estado geral ou dos Estados particulares” os bens que não tenham outro dono.

O processo é o mesmo do da amortização de ações, tradicional no direito brasileiro, agora definido pelo art. 18 do decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, como a operação pela qual a sociedade, dos fundos disponíveis e sem diminuição do capital, distribue por todos ou alguns acionistas, a título de antecipação, somas de dinheiro, que poderiam tocar às ações, em caso de liquidação. Póde ser integral ou parcial. Substituem-se as ações amortizadas totalmente pelas de fruição ou de gozo, cujos direitos serão estabelecidos pela assembléia geral, sem prejuízo dos próprios acionistas, enumerados no art. 78.

A diferença está em que, pelo projetado, o resgate será obrigatório, desde que o fundo respectivo atinja cinco por cento do capital subscrito; e nos efeitos. Principalmente nestes. Ao fim de certo tempo, se vingar o anteprojeto, todas as sociedades anônimas vitoriosas passarão ao patrimônio nacional ou provincial.

Sob este aspecto, a concepção é, verdadeiramente, arrojada.

Não ha senão aguardar o debate, que o anteprojeto vai, por certo, provocar nos meios culturais argentinos, prestigiado pela palavra autorizada do sábio comercialista argentino.

Não comporta esta nota bibliográfica o exame dos outros aspectos interessantíssimos do anteprojeto. Basta o já enunciado para dar a impressão deste livro, por muitos outros títulos valiosos.

3. Não é de recente publicação o livro que MARIO A. RIVAROLA denominou — *La Casa de los Pleitos*. Data de 1927 Mas ainda é atual. Prometem-se nele observações sobre a justiça civil e comercial da Capital Federal da Republica Argentina. Muito mais, porém, nele se encontra. E' livro interessantíssimo, que se lê com agrado e provoca simpatia. Ha, em suas páginas, frescura de contemporaneidade. Os panoramas, que nelas se deparam, não são

apenas argentinos. Muitos têm colorido internacional e não ficariam mal se enquadrados em qualquer outro país.

Nem só o aspecto dos tribunais argentinos neles se divisa. O exame de seu elemento pessoal é de finura e releva escritor exímio. Os capítulos sobre o juiz, os advogados, o secretário, o procurador, o pessoal subalterno, as outras rodas da engrenagem forense e o resto da população do Palacio da Justiça, estão escritos por observador atento e conhecedor do mecanismo judiciário. Assinalam o talento do autor.

Passando em revista as diversas classes de advogados: os hábeis, os especialistas, o teórico, o prático, o assíduo, o passeador, o trabalhador, o furacão, o insolente, o mesureiro, o enciclopédico, o político, o legislador, o homem de negócios, consagra ele, ao fim do capítulo, observações sobre o advogado jubilado. Este é, para ele, o mais perigoso para a justiça. A jubilação supõe retiro e descanço. “E’ já discutível”, oportuna é a tradução, “é já discutível que se admita, sem protesto, que o magistrado jubilado ocupe um lugar a mais na banca em que todos têm o direito de ganhar a sua vida, quando já tem ele a sua assegurada pela jubilação até ao fim de seus dias. Apenas jubilado, o juiz ou ministro abre seu escritório de advogado e anuncia-o nos jornais com o título de “ex-magistrado”, que ha de valer-lhe para atrair clientela e para cuidar dos assuntos que se ventilem perante seus companheiros de Câmara ou colegas do Tribunal, às vezes nos em que foram seus secretários ou no juízo que esteve a seu cargo. De tal sorte, essas questões recebem atenção preferencial, enquanto outros dormem, obtendo-se lucros proporcionais à eficácia da intervenção e em razão da rapidez alcançada. Alguma gravidade deve existir nestes atos, quando dependem do estudo do Congresso projetos inhabilitando os juizes jubilados do exercicio da advocacia.”

Eis ponto em que alguns têm batido, entre nós, ultimamente. A observação transcrita demonstra que o problema não tem significação local somente, mas é generalizado.

Basta esta referência para a saliência dos méritos do livro, que se lamenta apenas, não ter lido antes, e justificam os louvores que a seu autor se dirigem.

W. F.

FABIÁN ONSARI — *Gobierno Municipal*, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1941.

Andou acertadamente FABIÁN ONSARI, deputado nacional argentino, no dar forma duradoura e expositiva às conferências, proferidas em Avellaneda, sobre os problemas municipais desta cidade.

Completa é a exposição, que neste livro se contém. Do ponto de vista histórico, estuda as origens e o desenvolvimento dos governos municipais na Europa e na America, desde os romanos, passando pelos mediévos. Detem-se no exame dos regímes municipais em outros países e, notadamente, no da provincia de Buenos Aires e nos das outras provincias argentinas, tanto sob o ponto de vista econômico, quanto no financeiro. Passa em revista os sérios problemas municipais de nossos dias. Pavimentação de ruas e estradas. Transportes. Energia elétrica. Assistência social. Higiêne e segurança. Municipalização de serviços. Cultura. Poder de policia. Planificação de cidades.

Não se defronta neste livro apenas com o observador inerte do desenvolvimento dos municipios, que igualmente se opera em toda a parte e em todos os países, mais ou menos anárquicamente. “Tem-se que construir”, repara o autor, “uma escola. Jamais se constrói no lugar mais adequado. Procura-se terreno baldío ou outro cedido ou doado à municipalidade e aí se levanta o estabelecimento. Não se tem em conta se o lugar é o mais indicado para tal, nem se é de facil acésso às crianças: em uma palavra, só se tem em conta que o terreno não custe nada”. Assim é no Brasil, também.

Mostra essa observação como, em geral, são os problemas municipais os mesmos. Não fossem eles problemas sociais e, de certo ponto, humanos! Serve isso para evidenciar a utilidade do livro, por mais de um título. Escrito por parlamentar, familiarizado com os problemas da administração em qualquer de seus aspectos, denuncia logo o sociólogo e o jurista.

Consagrou o autor pequeno capítulo á organização municipal brasileira. Vale traduzi-lo.

“O Brasil não tem municipios autonômos, mas autarquias. Não se dão eles, em verdade, suas cartas orgânicas. Recebem-nas do Estado. Têm, sim, absoluta autonomia financeira. De onde vem o conceituar-se o municipio brasileiro como organismo nitidamente administrativo.

“São atribuições do municipio brasileiro: o imposto de licença (autorizações ou permissões), o imposto predial e o territorial urbano; os impostos sobre diversões públicas; as taxas sobre serviços municipais. Uma das atribuições principais dos municipios é a organização e prestação dos serviços públicos.

“O Distrito Federal tem regíme administrativo especial. O Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal, nomeia o prefeito para administrá-lo. As funções deliberativas se exercitam pelo Conselho Federal.

“A situação política por que atravessa o Brasil fez que não existam organizados municípios, nem os Estados — atualmente sob regime de intervenção, em sua totalidade — tenham ditado suas respectivas leis orgânicas; de modo que, à falta de tradição municipal nitidamente livre das constituições anteriores, se agrega agora a situação anormal em que se desenvolvem as instituições políticas no Brasil”.

Pôde-se divergir da afirmação primeira, mas ha convir que os conceitos emitidos são, mais ou menos, exatos, sendo de acrescentar que os municípios não têm sequer autonomia financeira. Se o prefeito tem poder para elaborar o orçamento do município, compete ao Departamento Administrativo aprovar o respectivo projeto, propondo as alterações que nos mesmos devam ser feitas, qual estabelece o art. 17, b), do decreto-lei n. 1.202, de 8 de abril de 1939. De outro lado, e está dito no art. 31, os Estados e os municípios não podem, sem autorização, respectivamente, do Presidente da República ou do Departamento Administrativo, abrir créditos suplementares antes do segundo semestre, ou créditos especiais no decorrer do primeiro trimestre, salvo o caso de calamidade ou necessidade de ordem pública.

Outras considerações poderiam ser aduzidas, a proposito de outras páginas, tal a valia do livro. A variedade dos aspectos, que nele se desvendam, se demonstra a cultura do autor, desperta a curiosidade e provoca expressões de estima, a que ele faz jus.

W. F.

OSCAR STEVENSON — *Da exclusão de crime* (Causas não previstas formalmente), Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia., São Paulo, 1941.

Quem se proponha disputar o titulo de livre docente ou a cátedra do ensino jurídico, está na obrigação de apresentar trabalho escrito, por uns havido como tese, por outros como dissertação. O regulamento da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo requer “monografia original, ainda não publicada, com cinquenta páginas, no mínimo, sobre assunto de livre escolha do candidato, e pertinente á matéria em concurso” Monografia original, diz o texto. Esse é qualificado ausente, na generalidade dos casos, dos trabalhos apresentados a concurso. Assuntos sem o menor interesse científico, por não soffrerem contestação, aproveitados, na maioria dos casos, para os estudantes de direito, nas suas dissertações escritas de aula, são os de preferência da maior parte dos concurrentes. Não se pejam eles de dar a demonstração pú-

blica de pobreza intelectual simplesmente irritante, tanto na escolha, quanto no trato dos assuntos escolhidos.

Permite o regulamento, em verdade, proponha a comissão examinadora, antes do início das provas, sejam excluídos dos concursos os candidatos que hajam apresentado monografias de insignificante valor. Como, porém, a maioria da comissão se compõe de professores estranhos, nem todos se sentem com ânimo para a apresentação de proposta de tal porte, advindo a admissão a concurso de candidatos mais à inhabilitação, que tem sido frequente, que à aprovação.

Foram de valia imensa, no entanto, as monografias apresentadas, ultimamente, aos vários concursos de direito penal, força é conhecê-lo.

Dentre os candidatos, figurou OSCAR STEVENSON. Moço de grande talento e nobres qualidades, dedicou-se ao professorado secundário, por largo tempo. Dele o afastou a politica subsequente ao movimento revolucionário constitucionalista, no qual desempenhou papel saliente, para dar-lhe assento na câmara dos deputados, como representante de São Paulo. Fechado o parlamento, voltou ele aos seus labores professorais. Inscrevendo-se, em 1928, no concurso de direito penal, apresentou interessante monografia — *Fatores do crime*, primorosamente escrita, e na qual os problemas sociais e políticos, em que se gera o crime, foram estudados com alto senso crítico. Antes que se decidisse o resultado do concurso, que lhe daria a livre docência da cadeira disputada, a novo concurso submeteu o autor, em 1939, sendo a sua monografia — *Do crime falimentar*. Trabalho dos mais completos sobre a materia, que tão poucos estudiosos tem tido, mesmo no estrangeiro, nela se encontra largamente estudada, no geral, e em cada qual de suas figuras delituaes. Teve o autor a consagração, que merecia, obtendo o titulo de livre docente, que disputara.

Aberto, em 1941, na Faculdade Nacional de Direito, da Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro, o concurso de direito penal, a ele acorreu FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON, que saiu vencedor da refrega, obtendo, por unanimidade de votos da comissão examinadora, que lhe deu distinção, a indicação de seu nome para a investidura na cátedra de direito penal.

A dissertação, com que a disputou, — *Da exclusão de crime* (Causas não previstas formalmente), é das mais notaveis que se têm apresentado em concursos, nos últimos tempos. Original desde o titulo, foi recebido com merecido entusiasmo pelos estudiosos da materia. Prometendo da-lo a conhecer em seu curso na Universidade do Chile, escreveu RAIMUNDO DEL RIO não duvidar alcançar

com isso grande proveito. “La materia”, acrescentou ele, “es interesantissima y veo que Ud. la trata con gran originalidad”

Chegado a S. SOLER, o consagrado criminalista argentino, o exemplar, que lhe foi destinado, confessou ele estar no estudo do assunto, preparando trabalho sobre ele, “exactamente el mismo tema que Ud. trata con tanto conocimiento y erudicion”

Não menos entusiasta foi a apreciação de JIMENEZ DE ASÚA. Achou o trabalho magnifico: “su obra me ha gustado extraordinariamente”, ele o disse, acrescentando: “Observo, sobre todo, que, conforme al titulo “Exclusão de crime”, no solo debiera comprender las causas de justificacion supralecales o “no previstas formalmente” q. son las q. Ud. trata, sino las que afectan en igual forma, a la culpabilidad; es decir, la no exhibibilidad de otra conducta, en terminologia de MEYER, sobre cuyo tema publico en el numero de hoy o de mañana, de *La Ley*, un articulo bastante extenso. Su obra merece plácemes y, por lo mismo, que me parezca excelente, le incito a que la complete con esas otras causas supralecales que afectan a la culpabilidad”

Esses conceitos egrégios e insuspeitos dizem bem do merecimento da obra, dispensando maiores reparos. Cabem ao seu autor, realmente, os encômios, com que tem sido recebida.

Professor nato, manejando a lingua pátria com maestria e possuindo cultura humanistica e juridica, aprimorada pelo estudo contínuo, ha de ele honrar, na cátedra, que acaba de conquistar, as tradições da Faculdade de Direito de São Paulo, em que se formou.

W. F.

- MARIANO R. TISSEMBAUM — 1. *Los Riesgos del Trabajo Industrial*, Santa Fé, Republica Argentina, 1938.
2. *El Nivel de Vida, su Relacion con el Salario en América*, Santa Fé, Republica Argentina, 1939.

1. Professor de legislação do trabalho na Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais, e de economia e legislação industrial na Faculdade de Quimica Industrial e Agricola da Universidade Nacional do Litoral, na Republica Argentina, escreveu MARIANO R. TISSEMBAUM alentada monografia acerca dos riscos gerados pelas atividades industriais e decorrentes dos accidentes do trabalho e das enfermidades profissionais ou ocasionais do operário, assim como em relação com a higiene e salubridade do meio urbano. Causou móssa ao eminente cientista e professor universitário, especializado em assuntos dessa natureza, o número altissimo de 81.326 accidentes de trabalho, como média durante o quinquênio de 1931 a 1935,

verificados na grande democracia sul-americana. Os casos fatais, em ascendente ritmico, por outro lado, causaram-lhe impressão e puseram-no a examinar o problema, em seus multiplos e complexos aspectos, mercê de sua profunda repercussão social. Produzem-se lá 222 acidentes de trabalho diariamente e, em cada onze horas, fa-lece um operário por tal causa.

Posto o grande problema social em tal ponto, cuidou o autor de examiná-lo profundamente, em suas origens e em seus efeitos. Encarando, primeiramente, o aspecto social do acidente do traba-lho, recorreu à estatística, mestra inconfundível e indispensavel das observações, dado o aumento dos acidentes em proporção com o de-senvolvimento industrial. As cifras daqueles crescem com o nu-mero de operários, como é óbvio. Resultam eles, no entanto, de fatores exteriores, quais sejam o gênero do trabalho, a modalidade das operações, o horário, o trabalho noturno, a continuidade inin-terrupta deste, as condições meteorológicas, a superficie e espaço á disposição do trabalho, a temperatura ambiente, a ventilação, a cla-ridade, o gráu higrométrico, a intensidade do trabalho, etc.; e de fatores individuais, como a constituição fisica, psiquico endócrina, a idade, a instrução, o sexo, o tempo de serviço, o regime de vida, e outros elementos capazes de influxo sobre o temperamento e o ca-ráter do operário. Partindo desses conceitos, o insigne professor não se contentou com examinar, de perto, o fator humano e as con-dições ambientes, passando a dizer dos meios preventivos a serem adotados, tanto na educação do operario para o trabalho a que se dedique, quanto na medicina e higiêne do trabalho e do trabalhador. As páginas a tal respeito escritas são sucintas e claras.

Preparam elas a parte relativa ao contrato de trabalho e á res-ponsabilidade patronal, em que o jurista se entremostra, tanto na exposição, quanto na critica doutrinária, segura e precisa. Dando largas ao seu espirito, encarou a materia da responsabilidade na teoria contratual, propriamente dita, e nas suas concepções con-temporâneas, em face da legislação argentina e das de outros países, detendo-se no examiná-la em face dos projetos de código do tra-balho e de refórma do código civil.

Bôa parte deste livro magnifico se refere à atividade industrial e sua repercussão urbâna, assim como aos trabalhos parlamentares e doutrinarios tendentes à solução do problema, que mais se afasta quanto mais complexa se torna a exploração industrial, em todas as suas modalidades.

Não existe, força é reconhecer, na literatura juridica trabalhista brasileira, tratado do feitio dos que empreendeu o professor argen-tino. Não fez ele, como é de moda, ultimamente, entre nós, o exame

apressado dos textos legislativos da lei de acidentes do trabalho, à guisa de comentários. No estudo sistemático do assunto, em seu aspecto técnico, bem assim no jurídico e no social, encontrou ele, e disseminou, ensinamentos, que não devem ser olvidados. Merece o livro, que é interessantíssimo, divulgação nos meios culturais e, principalmente, nos universitários brasileiros.

2. Para a edição da revista *Universidad*, da Universidade Nacional do Litoral, em homenagem à Conferência Interamericana da Paz, reunida em Buenos Aires, em 1936, preparou o diretor do Instituto de Direito do Trabalho, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional do Litoral, pequena dissertação, a propósito da recomendação daquela Conferência a todos os governos, nela representados, no sentido de promoverem, quanto antes, rigoroso inquérito sobre o nível de vida e os índices econômicos das diversas regiões, dentro de suas fronteiras.

Reeditada em opúsculo, oferece ela ensejo para a demonstração dos conhecimentos de seu autor, o professor MARIANO R. TISSEMBAUM; e o estudo de tão transcendente problema, de índole geral e coletiva. O material reunido e submetido a percuciente análise, constitui contingente de muita importância para os que desejarem aproveitá-lo, no que possa contribuir para a solução do problema do salário mínimo, entre nós regulamentado, mas que ainda não produziu todos os seus salutares efeitos, em grande parte por carencia de dados exatos sobre o nível de vida em todas as regiões do país.

W. F.

A. F. CESARINO JUNIOR — *“Direito Social Brasileiro”*,
Livraria Martins, São Paulo, 1940.

O ilustre catedrático de Legislação Social, na Faculdade de Direito de São Paulo, expõe no breve prefácio, que se decidiu a escrever este livro para satisfazer os desejos de seus alunos de ter um compêndio em que pudessem encontrar toda a matéria do programa, pelo que ele se propôs ao mesmo tempo dar uma sistematização à legislação social do Brasil, que tem um desenvolvimento verdadeiramente imponente. Basta considerar que a mais recente compilação da mesma ocupa um volume de grande tamanho, com mais de 1.200 páginas.

Apesar disto, o prof. CESARINO logrou apresentar e aclarar convenientemente esta matéria em um volume que supera apenas as 500 páginas. E o mérito é particularmente notável se se considera que

não se limitou à exposição do direito brasileiro, expondo amplamente também o conteúdo das outras legislações (especialmente as da Itália e Portugal, que constituem a fonte principal da brasileira) e os resultados a que chegaram a doutrina e a jurisprudência dos respectivos países. Exposição esta que nos parece certamente completa e em dia.

Tal faculdade de síntese, que pressupõe um total conhecimento da matéria, merece ser indicada como exemplo a quantos escrevem sobre Direito do Trabalho.

O livro do prof. CESARINO compreende, com efeito, três obras distintas: uma primeira dedicada à matéria que geralmente se designa com o nome de “política social”; uma segunda dedicada ao Direito Corporativo; e a terceira, ao Direito do Trabalho e à previdência social. Não estamos convencidos da oportunidade de refundir ditas matérias em uma só e grande denominação, qual seja o “Direito Social” que nos apresenta o autor, mas este é argumento tal que não se póde elucidar em uma rápida nota bibliográfica. Não obstante, devemos reconhecer que, dentro de cada parte, a distribuição da matéria foi feita com um critério científico que nos parece perfeitamente acertado, de maneira que debaixo deste aspecto da sistematização da prolixa legislação brasileira, o autor logrou plenamente o propósito perseguido, chegando em seguida à méta, em forma brilhante, apesar das dificuldades que encontra cada precursor. (“*Derechos del Trabajo*”, de Buenos Aires, ano I, n. 2, maio de 1941, página 59).

TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO — *As taxas e seus principais problemas teóricos*, Empresa Grafica da “Revista dos Tribunais”, São Paulo, 1941.

Con este importante trabajo, concurre el autor a la cátedra de Ciencia de las Finanzas en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.

Encara su estudio bajo los aspectos que más interesan a la teoría, enfocando los problemas capitales desde los puntos de vista financiero, económico y jurídico, lo que permite proporcionar una noción de conjunto, que hace de este trabajo una valiosa obra de construcción conceptual.

Partiendo de la *finalidad* del Estado, de las *necesidades* (individuales y colectivas) y de los *servicios* (generales y especiales) que realiza, llega a explicar la razón jurídico-política de las cargas pú-

blicas (impuestos y tasas), su concepto e historia. De aquí que sostenga, respecto a las tasas, que, “*girando en torno de la idea de una ventaja especial, recibida de un servicio público, de modo individual, o de una contraprestación más o menos equivalente, paga al Estado el individuo que recibe la referida ventaja, naciendo así, en doctrina, el concepto de tasa*”.

Luego de detenerse en las definiciones de los autores y de analizar las características y elementos constitutivos de este tributo, lo define así: “*Tasa es la cantidad pagada al Estado por los particulares, siempre que hayan provocado gastos especiales, y que, gracias al consumo, facultativo o compulsivo, de un servicio público, hayan recibido, individualmente, ventajas mensurables*”.

Al explicar su definición, advierte que en ella se consignan los elementos esenciales: 1.º *Una ventaja especial*; 2.º *Individual y mensurable*; 3.º *Divisibilidad del servicio público consumido*, y 4.º *Contraprestación debida por el consumidor al Estado*.

Considera en seguida el problema referente al carácter facultativo o coactivo de las tasas, recordando las opiniones de SELIGMAN, JÈZE, RICA SALERNO y otros, para terminar afirmando que la coacción o la voluntariedad no es elemento esencial para diferenciarlas ni caracterizarlas.

Pasa luego a estudiar el concepto de la “*equivalencia*”, las dudas que sugiere, y los puntos de vista colindantes en doctrina, como así las críticas que se han levantado en favor y en contra de la tesis aludida. Sostiene que la idea de “*equivalencia*” aparece con relación a la “*ventaja mensurable recibida*” y la “*contraprestación pagada*”, pero, se pregunta: ¿Debe serlo entre lo que se paga y la ventaja recibida?; o ¿entre aquel pago y el costo del servicio utilizado?; o bien, ¿entre la ventaja del individuo y el costo del servicio para el Estado? Y en caso de equivalencia con el costo del servicio, ¿debe serlo con relación al total de contraprestaciones en relación con el total del costo, en un período de tiempo, o por el contrario, ¿debe ser considerado para cada vez, separadamente, teniendo en cuenta unidades de servicio consumidos por el individuo y en cuanto por ellos pagan retribución?

Después de meditado estudio sobre estos importantes interrogantes, se pronuncia por el principio de la “*equivalencia aproximada*”. y al recordar a DE VITI DE MARCO, sostiene la imposibilidad de poder establecer, para cada unidad de consumo de servicio público, una retribución exactamente equivalente.

En el Capítulo V trata de la naturaleza de las tasas bajo los aspectos económicos, financiero y jurídico, deteniéndose antes en el concepto del vocablo, toda vez que es común considerar la palabra

“tasa” como sinónimo de “precio”, lo cual puede serlo en un sentido muy lato o muy especial, según lo advierte.

Por ello es que dice: “Precio es la tasa con un carácter muy especial, *sui-generis*, alcanzando una verdadera naturaleza económica, como lo enseña VITI DE MARCO cuando lo conceptúa como un “precio de cooperación”, y que ocupa un lugar intermedio entre el “precio de competencia” y el “precio de monopolio”.

De aquí que sostenga que la “tasa” es un “precio político” y también un “precio de cooperación”, que el Estado fija, unilateralmente, más no arbitrariamente; a veces con un carácter múltiple, contemplando siempre una *equivalencia*, otras veces como de costo unitario o total de un servicio, o bien, con un valor subjetivo de la venta proporcional acordada al individuo.

Estudia en seguida el carácter financiero de las tasas, sosteniendo que se trata de una renta ordinaria, derivada y especial, porque con ella se sostienen y costean los servicios públicos, sin tener el fin fiscal de los impuestos.

Dedica en seguida el Capítulo VI al aspecto jurídico, (*esencial y formal*) que ellas muestran.

Dice así que, con referencia al primero (esencial), todas las tasas son idénticas, porque se vinculan a las actividades administrativas del Estado, de donde, si como especie de renta su estudio pertenece a las finanzas, por su naturaleza jurídica ellas se subordinan al derecho administrativo.

Desde un punto de vista *formal* ellas se presentan dispares, en cuanto unas son compulsivamente exigidas por el Estado y otras presentan caracteres de voluntariedad, adquiriendo así formas visiblemente contractuales.

Partiendo de la posición adoptada por GROPPALI, acerca de la actividad administrativa del Estado, el que divide sus funciones en *ejecutivas, administrativas y de coordinación y dirección*, sostiene que las funciones *coordinadoras y directivas*, que se conocen con el nombre de *función de gobierno*, son las que imprimen a la actividad administrativa un carácter político porque competen a la dirección general del Estado en su unidad, y así, para mejor poder desenvolver la función ejecutiva y la función de gobierno, ejercitan un poder que le es inherente y gracias al cual realiza sus fines; ese poder no es otro que el *Poder de Policía* que encierra una facultad de reglamentación. La segunda función traza normas ejecutivas para la aplicación de las leyes, el primero impone límites a la actividad individual y a uso de la propiedad con el fin de asegurar el interés público.

Mas, uno y otro, continúa el autor, se traduce en realidad concreta a través de actos que implican prestaciones de servicios pú-

blicos. Tanto cuando ejecuta leyes como cuando gobierna, como también cuando ejercita actividades administrativas, propiamente dichas, la administración pública presta servicios de modo directo a los individuos.

Considera luego la prestación indirecta de los servicios públicos por medio de los otros poderes del Estado, como ocurre con el Poder Judicial, donde ejerce su función a través de los órganos propios de los juicios y de los Tribunales. Aquí los servicios públicos no son administrativos, propiamente dicho, sostiene el autor, pues dependen de otros poderes, pero siempre existe la retribución, con tasas, y siempre el elemento administrativo, directa o indirectamente, actúa en la prestación del concepto de tasa no es propiamente con la idea del servicio público, pero sí con ese elemento administrativo, siempre existe en el referido servicio, cualquiera que sea su naturaleza. De ahí que sostenga que la tasa sea de esencia administrativa.

Vinculando el *Poder de Policía* con el nacimiento de muchas tasas de carácter compulsivo, considera la evolución y concepto del Estado, desde su primitiva concepción de "*Estado Gendarme*" a "*Estado Civilizador*" y "*Estado de Derecho*", tratando la delegación de poderes.

Entra así a considerar el *Poder de Policía*, recordando que la concepción europea gira alrededor del "*orden público*" y así, en Francia como en Alemania, la idea dominante es el mantenimiento de ese "*orden público*", citando en su apoyo las opiniones de BERTHELEMY y OTTO MEYER, pero advirtiendo que, "*como complemento de tal idea debe ser ella entendida a través de las palabras del ilustre profesor BIELSA que sostiene: "La policía se resuelve, pues, en la noción administrativa necesaria para el mantenimiento del orden público, en el sentido de sus manifestaciones exteriores, o sea, de los hechos concretos, más que de las reglas de derecho, pues el concepto de orden público referido a los límites de la actividad personal pública de los individuos, es distinto del concepto de orden público tal como lo determina el derecho privado"*.

Recuerda que en los EE. UU. de N. A., especialmente, ese *Poder de Policía* asume extensión sorprendente, como que es donde los partidarios de la nueva escuela "interpretativa", adoptando el método sociológico de LLEWELLYN, y revelándose contra la vieja escuela de interpretación puramente lógica y gramatical, intentan un proceso constructivo en torno de los textos constitucionales, aspirando a mantenerlos siempre vivos y libres de las estratificaciones que matan a los códigos.

Luego de referirse a los fallos de la Corte Suprema Federal de los EE. UU. de N. A., especialmente nel caso *Barbier v. Conolly*

(113 U. S. 27), donde se encuentra la más completa concepción del pensamiento norteamericano sobre el "*Poder de Policía*". Al citar a GALLAND afirma que, mientras los europeos asientan la noción de ese poder en el orden público, los americanos del norte se orientan con preferencia, y enorme amplitud, en el sentido del *interés público*. Es así que, tomando como base la obra de FREUND y la de GALLAND, y sin intentar fijar la noción del interés público, presenta un completo cuadro acerca de las actividades políticas del Estado, dictadas por el aludido interés. Recuerda, sin embargo, que en los días que corren los enunciados de aquel cuadro han sido ultrapasados, y se refiere así a las famosas leyes americanas de 1933 (National Industrial Recovery Act. N. R. A., del 16 de junio y Agricultural Adjustment Act. A. A. A., del 12 de mayo), mediante las cuales se inicia en aquel país la nueva política económica denominada del "New Deal", y mediante las cuales el Estado pudo moralizar la concurrencia y la disciplina de la producción y repartición de la riqueza. Ambas leyes, invocando el *interés público*, que está en la raíz del *Poder de Policía*, permitieron esa franca intervención en la orientación económica, la que no habría sido admitida bajo ningún otro título jurídico como legítima.

Reconoce sí, que entre ambos extremos (europeo y norteamericano) es preciso situar una doctrina intermedia, que se viene imponiendo como expresión de un acertado equilibrio. Apartada, tanto de la excesiva estrictez del pensamiento europeo, que ya no satisface a ciertas imperiosas exigencias de la vida de los pueblos, cuanto a la exagerada orientación norteamericana, que puede tornarse en despótica y absurda, la doctrina aludida en la que propugna el profesor BIELSA, el que sostiene que "*dicho poder, extendido a la protección integral de la vida y bien-estar general, se resuelve en un conjunto de limitaciones impuestas para asegurar esos fines generales, es decir, la seguridad, la salud, el confort, la prosperidad en suma*".

Luego de prolijo estudio acerca del poder de policía, sostiene que, cuando el interés público asume un alto grado de intensidad, el Estado, actuando de oficio, espontáneamente, instituye los servicios públicos de consumo obligatorio, por donde, siempre que la satisfacción de intereses públicos generales proporcionen, a individuos determinados, ventajas especiales mensurables, de cualquier naturaleza, estaríamos frente a servicios que dan origen a las tasas compulsivas. Este es el supuesto más general, en cambio, otras veces, límitase el Estado a hacer reglamentos policiales que constituyen, en ciertas materias, la regla general para ser obedecida. Es a éstas a las que pueden hacerseles excepciones mediante solicitudes de los individuos interesados.

Pasa así al ejercicio del poder de policía, el que se cumple en esferas muy variadas, cuya enunciación hace sin pretender darle carácter taxativo y si sólo demarcar la amplitud del campo de acción que tiene en el Estado actual. La enumeración que realiza le permite preparar el terreno para hacer más inteligente la clasificación que de las tasas propone más adelante, porque en ella liga, con acierto, las tasas específicamente consideradas con cada una de las ramas de actividades administrativas del Estado.

Analiza, entonces, el *poder tributario* del Estado y sostiene que no siempre actúa teniendo en vista el mismo fin. Así, en ciertas oportunidades busca simplemente cubrir sus gastos (fin fiscal, o mejor aun, financiero) y otras veces ese es objeto secundario, figurando en primer plano una finalidad social. En el primer caso el poder tributario actúa de motu proprio; el tributo tiene un fin puramente fiscal; en el segundo, es un simple medio fiscal con una finalidad social, o como dice el autor, es un simple instrumento del poder de policía para la realización de finalidades diversas y alejado de fines fiscales. Es en ese poder de policía que reside el verdadero fundamento del tributo llamado tasa.

La distinción tiene importancia, porque distintas deben ser las reglas de interpretación y distintos los regímenes jurídicos aplicables a cada especie de tributos; por lo demás, las normas constitucionales y legales que regulan los tributos fiscales no son las mismas que rigen aquellos originados del poder de policía. Ya SELIGMAN reconocía esa diferencia, como lo recuerda el autor, cuando afirmaba que gracias a ella era posible hacer valer tributos visiblemente útiles y necesarios, pero que de ningún modo podrían ser admitidos como emanados del poder tributario.

Luego de referirse a la situación en que esta materia se encontraba en el Brasil, antes y después de la reforma de la Constitución del año 1934, y la última reforma introducida en 1937, expresa que últimamente se ha demarcado con mayor precisión la esfera de acción del poder de policía a través de los arts. 123 y 125, por donde, en el derecho actual dicho poder, invocando el *bien público* tiene la facultad de limitar la actividad individual y el derecho de propiedad, así como intervenir en el orden económico, objetivando garantizar el bienestar, la paz, el orden colectivo, la seguridad de la Nación y los intereses económicos del País. Para cumplir tales fines, será el *Poder de Policía*, llevado a establecer servicios públicos el que imprimirá la obligatoriedad en cuanto al consumo, conforme lo deja explicado el autor.

Pasa luego al aspecto formal de ciertas tasas, donde expresa que las tasas compulsivas no ofrecen, bajo ese aspecto, diferencias ni particularidades interesantes, revistiendo las mismas apariencias

exteriores que los impuestos. Lo mismo acontece con las tasas facultativas que él llama “*complementarias y retributivas*” del grupo (b). Nada de notable presentan en el terreno de la forma por no tenerla definida. No ocurre igual con las tasas que denomina “*facultativas retributivas*” del grupo (a), las cuales presentan aspecto contractual de forma ya definida. En estas nos encontramos con un perfecto acuerdo de voluntades establecido por el Poder Administrador, al ofrecer prestar directamente el servicio público y el particular aceptarlo de modo global (condición de oferta y aceptación por el simple acto de utilizar el servicio) Si bien es verdad que la faz de la discusión y ajuste previo entre las partes aquí no existe, no es menos cierto que tales contratos (de adhesión) ya han sido materia de legislación en el derecho privado y también en cuanto se refiere a la explotación de servicios públicos por medio de concesionarios, por lo que nada impide aplicarlo a las relaciones de derecho público, ya que, siendo un simple modo de manifestar la voluntad, tiene carácter solamente formal. Estos contratos, que ocupan una zona intermedia entre el de derecho privado y el de derecho público, son los que aparecen en ciertas manifestaciones del servicio público, y las tasas de la categoría a que nos referimos, tienen así una causa contractual innegable.

Llega así al fin que el estudio perseguía, vale decir, la clasificación, materia que se encuentra tratada con gran amplitud y acopio de doctrina en el Capítulo VII. Luego de criticar las clasificaciones hechas por COSSA, RICA SALERNO, WÁGNER, JÈZE, TANGORRA, FLORA, y las recientes de MARCONCINI y TIVARONI, los que a su juicio tampoco marcan sensible evolución, sostiene la necesidad de proceder a dar una que se asiente sobre bases científicas.

Alejado de la tentación de clasificar, recuerda que SELIGMAN no se pronunció respecto a las tasas, y en verdad, en esta materia, la doctrina poco tiene conseguido en muchos años de evolución, en lo que ha intervenido la falta de esclarecimiento doctrinario más amplio sobre la naturaleza y extensión del poder de policía, sin cuya comprensión perfecta no será nunca posible un estudio acabado sobre las tasas. De ahí es que construya su clasificación sobre este importante Capítulo, lo que hace particularmente interesante, a la par que motivo de meditación, la incorporación de ese fundamental elemento.

La clasificación que de las tasas hace se estructura así: primero las divide en *Facultativas* y *Obligatorias*; las primeras a su vez se subdividen en: *retributivas* cuando los servicios públicos son costeados sólo o principalmente por tasas, y *complementarias*, cuando aquellos son costeados principalmente por impuestos. Las retributivas se dividen según la forma, y así, las del grupo (a) son aquellas

que asumen una forma contractual definida (contrato de adhesión) y las del grupo (b) aquellas que, si bien tienen como causa el consentimiento, no tienen una forma perfectamente definida, a cuya categoría también pertenecen las complementarias. Por fin, las tasas obligatorias las divide en dos grandes grupos: 1.º, las de carácter preventivo, y 2.º, las de carácter represivo; las primeras son las que se vinculan a la policía del estado de las personas, de la propiedad, sanitarias, prevención y seguridad y las demás formas de intervención del poder de policía; las segundas, las tasas penitenciarias, correccionales, etc.

Al explicar su clasificación, el doctor MONTEIRO DE BARROS FILHO advierte que ella reposa en un principio científico, a diferencia de las clasificaciones que se han venido sucediendo, y de ahí que no finque la existencia o inexistencia de ellas en el carácter facultativo o compulsivo de ellas, según ya lo había anticipado.

Dedica el último capítulo a las entradas de derecho privado (patrimoniales) y a las de derecho público (impuestos y tasas), haciendo las distinciones correspondientes, con especial referencia a las tasas y entradas de derecho privado, que son inconfundibles atento el carácter que asume el Estado en cada caso, y los fines que persigue.

Estudia también las diferencias que separan los impuestos de las tasas, haciendo a este respecto inteligentes distinciones, tanto en el aspecto extrínseco como intrínseco de uno y otro tributo. Dedicar luego especial interés en las contribuciones de mejoras, a las que considera tasas, en contraposición a la doctrina imperante que forma con ellas una categoría autónoma dentro del derecho tributario, aunque participando de caracteres comunes con los impuestos y con las tasas. Recuerda en tal sentido los esfuerzos hechos por SELIGMAN al mismo tiempo que las palabras de BILAC PINTO, cuando recuerda las afinidades que existen entre ambas categorías tributarias. Se detiene por último en el análisis de esta institución, y termina diciendo que la expresión del *serviico público*, en un sentido lato, abarca toda y cualquier actividad de la Administración destinada a satisfacer necesidades colectivas, importando poco que esa actividad se exteriorice como un *serviico producido* o como una *cosa concreta o un bien material*, fundando de esta manera la contribución de mejoras en el Poder de Policía y no en el Poder Tributario del Estado.

Por el método que sigue en la exposición, la profundidad con que el pensamiento se encuentra manifestado, la claridad y elegancia de la expresión y la documentada información doctrinaria compulsa, este trabajo evidencia un esfuerzo rigurosamente científico que cumple ampliamente los deseos de su autor .

La amplitud con que trata el importante capítulo de los servicios públicos y el poder de policía, y la verdadera y acertada innovación que importa tomarlos como base para el desarrollo de la tesis que sustenta, a fin de definir y clasificar las tasas, colocan a este trabajo entre los primeros que en los últimos tiempos enriquecen la bibliografía americana.

La solidez de la concepción y originalidad de las ideas, permite darle un lugar preferente entre aquellas dignas obras a que la cultura brasileña ya nos tiene acostumbrados, no sólo por la seguridad de sus construcciones, sino por la resolución y firmeza con que se encararan los más difíciles problemas jurídicos.

Verdadera inquietud científica trasunta este prolijo estudio del doctor MONTEIRO DE BARROS FILHO; ello es lo fundamental, más aún en estos momentos, donde la especulación científica parece detenerse y quedar plenamente satisfecha con el comentario gramatical, algunas veces más o menos lógico, a que nos tienen acostumbrados algunos, a quienes impropriamente se los viene llamando juristas, cuando sólo son expositores, prolijos y cuidadosos, de los textos legislativos. Del pecado no escapan por cierto los fallos de la Justiça, y para ellos vienen bien las palabras que al autor recuerda del eminente maestro BILAC PINTO, al reiterar los votos que éste formulara en el sentido de que los jueces y tribunales aprendan el alcance de la evolución en el derecho (refiriéndose a la materia tributaria) y consigan hacer las distinciones de los tributos en cuanto a su fundamento.

Este libro llega, pues, en momento oportuno; aparte de las enseñanzas técnicas que de él se desprenden, demuestra cómo debe el investigador proceder cuando desea profundizar científicamente los problemas de la ciencia jurídica que, no por haber sido ya estudiado por eminentes maestros, han satisfecho plenamente esas inquietudes que sólo tienen aquellos que no ven en el derecho el instrumento útil para el ejercicio de una profesión.

La crítica se vuelve así constructiva, como que se realiza libre de improvisaciones y de mercantiles designios.

Por eso la obra vale y es recomendable.

JUAN CARLOS LUQUI (*)

(Da "Jurisprudencia Argentina", de Buenos Aires, 5-11-1941).

(*) O dr. JUAN CARLOS LUQUI é assessor letrado da Direcção Geral de Rendas da Provincia de Buenos Aires, membro da Comissão Permanente de Estudos e Reformas do Regimen Impositivo da Provincia de Buenos Aires, membro do Centro de Investigação Permanente de Direito Financeiro da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, e membro do Centro Financeiro do Museu Social Argentino.

Diversos

Professor Benedito de Siqueira Ferreira

Retificação

No fascículo anterior, da “Revista da Faculdade de Direito de São Paulo”, na homenagem ao novo catedrático de direito judiciário civil, professor BENEDITO DE SIQUEIRA FERREIRA, mencionou-se, por engano, ter ele nascido em Campinas, quando, na verdade, é natural desta capital.

Fica, deste modo, retificado o equivoco.

Indice geral do
volume XXXVI

INDICE GERAL DO VOLUME XXXVI

ASSUNTOS

IN MEMORIAM

Professor Dr. José de Alcântara Machado d'Oliveira — Redação	11
--	----

HOMENAGENS

Os novos professores catedráticos

Dr. Benedito de Siqueira Ferreira, professor catedrático de direito judiciário civil — Redação	19
Dr. Miguel Reale, professor catedrático de filosofia do direito — redação	21
Discurso de agradecimento por ocasião da posse na cadeira de filosofia do direito — Miguel Reale	23
Dr. Teotônio Monteiro de Barros Filho, professor catedrático de ciência das finanças — Redação	303
Dr. Antônio Ferreira de Almeida Júnior, professor catedrático de medicina legal — Redação	305
Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior — J. J. Car- dozo de Melo Neto	307
Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior — Milton da Silva Rodrigues	308
Discurso de agradecimento — A. F. Almeida Júnior	311

FACULDADE DE DIREITO

A Congregação da Faculdade de Direito em 1941	300	A e B
---	-----	-------

INÉDITOS DE ANTIGOS PROFESSORES

Duas escolas — Kant — Bentham — João Mendes de Almeida Junior	35 e	38
---	------	----

DOCTRINA

Concepção tomista do direito natural (II-III) — Alexandre Cor- reia	45 e	341
O ante-projeto de código das obrigações — Parte geral — Lino de Moraes Leme		67

Da prescrição da sentença e sua execução — S. Soares de Faria.	106
Sôbre o conceito do “Direito Social” — Cesarino Júnior	117
Do fideicomisso nas doações inter-vivos — Alvino Lima	133
Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal — Joaquim Canuto Mendes de Almeida	148
Medicina e infortunística — A. Almeida Júnior	160
O privadismo do direito criminal na doutrina de Teixeira de Freitas — Waldemar Ferreira	325
Do contrato estimatório — Notas para um estudo — S. Soares de Faria	372
O conceito unitário do contrato de seguro — Tullio Ascarelli ...	388

PROVAS ESCRITAS DE CONCURSO

Concurso de direito civil — Colações (Ponto número 16) — João Pereira Monteiro	173
Concurso de direito civil — Colações (Ponto número 16) — Vi- cente Mamede de Freitas	179
Concurso de direito judiciário penal — Efeitos internacionais da sentença (Ponto número 25) — Joaquim Canuto Mendes de Almeida	183
Concurso de direito administrativo — Qual a estensão do poder administrativo na concessão de minas antes e depois da Con- stituição Federal? — Manoel Pedro Villaboim	441
Concurso de direito administrativo — Dos conflitos de jurisdic- ção. Competência para seu julgamento — Rafael Correia da Silva Sobrinho	445
Concurso de direito administrativo — Municipalização dos ser- viços públicos — Mário Masagão	451

PRELEÇÕES

CURSO DE DIREITO ROMANO

Posição social da mulher na antiga Roma — João Arruda.....	195
Solenidades do casamento na antiga Roma — João Arruda.....	201
Estrutura do direito internacional — Braz de Sousa Arruda...	

DISCURSOS

Saudação ao embaixador da República do Uruguai, ministro dou- tor N. Alberto Guani — Gabriel de Rezende Filho	209
A Alma do Jurista — Discurso do paraninfo á turma de bacha- relandos de 1941 — B. de Siqueira Ferreira	629
A Voz da Academia — Discurso do orador da turma de bacha- relandos de 1941 — Mário Romeu de Lucca	643
Três Poetas — Ernesto Leme	654

PARECERES

Refôrma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo — Gabriel de Rezende Filho, S. Soares de Faria e Francisco Morato	605
Sôbre fundação — S. Soares de Faria	617

COMENTÁRIOS

Maioridade aos 18 anos — A. F. Cesarino Júnior.....	665
O código de processo e a justiça de paz — Miguel Reale	667
O código penal e a pena de morte — J. de Almeida Moura.....	670

BIBLIOGRAFIA

“Instituto de Derecho del Trabajo”, tomo I, Santa Fé, República Argentina, 1940 — Cesarino Júnior.....	219
Barbosa de Magalhães, “Estudos sôbre o novo código de processo civil” — Waldemar Ferreira	675
Mário A. Rivarola, “Tratado de derecho comercial argentino”, “Regimen legal de la sociedad anonima” e “La Casa de los Pleitos” — Waldemar Ferreira	678
Fabian Onsari, “Gobierno municipal” — Waldemar Ferreira... ..	682
Oscar Stevenson, “Da exclusão de crime” — Waldemar Ferreira	684
Mariano R. Tissebaum, “Los riesgos del trabajo industrial” e “El nivel de vida, su relación con el salario de America” — Waldemar Ferreira	686
A. F. Cesarino Júnior, “Direito social brasileiro” — Redação de “Derechos del trabajo”	688
Teotônio Monteiro de Barros Filho, “A taxa e seus principais problemas teóricos” — Juan Carlos Luqui	689

DIVERSOS

Posse do novo diretor da Faculdade, professor J. J. Cardozo de Melo Neto — Redação	225
Discurso de saudação ao novo diretor da Faculdade, pelo reitor da Universidade — Rubião Meira	225
Discurso de saudação ao novo diretor em nome da congregação da Faculdade — Gabriel de Rezende Filho	229
Discurso de agradecimento por ocasião da posse na diretoria da Faculdade — J. J. Cardozo de Melo Neto	233
Relação dos alunos matriculados na Faculdade, em 1940	236
Relação dos alunos matriculados na Faculdade, em 1941.....	265
Professor Benedito de Siqueira Ferreira — Retificação — Redação	701

AUTORES

ALMEIDA (J. Canuto Mendes de) — Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal — (Doutrina)	148
ALMEIDA (J. Canuto Mendes de) — Concurso de direito judiciário penal — Efeitos internacionais da sentença (Ponto número 25) — (Provas escritas de concurso)	183
ALMEIDA JÚNIOR (A. F.) — Medicina e infortunistica (Doutrina)	160
ALMEIDA JÚNIOR (A. F.) — Discurso de agradecimento por ocasião da posse na cadeira de medicina legal (Homenagem)..	311
ALMEIDA JÚNIOR (João Mendes de) — Duas escolas — Kant-Bentham (Inéditos de antigos professores)	35 e 38

ARRUDA (Braz de Sousa) — Estrutura do direito internacional (Preleções)	471
ARRUDA (João) — Posição social da mulher na antiga Roma (Curso de direito romano)	195
ARRUDA (João) — Solenidades do casamento na antiga Roma (Curso de direito romano)	201
CESARINO JÚNIOR — Sobre o conceito do “direito social” (Doutrina)	117
CESARINO JÚNIOR — “Instituto de Derecho del Trabajo”, tomo I, Santa Fé, República Argentina, 1940.....	219
CESARINO JÚNIOR — Maioridade aos 18 anos (Comentários)..	665
CORREIA (Alexandre) — Concepção tomista do direito natural (II) e (III) (Doutrina)	45 e 341
DE LUGCA (Mário Romeu) — A Voz da Academia — Discurso do orador da turma de bacharelados de 1941 (Discursos)..	643
FARIA (S. Soares de) — Da prescrição da sentença e sua execução (Doutrina)	106
FARIA (S. Soares de) — Do contrato estimatório — (Doutrina)	372
FARIA (S. Soares de) — Refórma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo (Pareceres)	605
FARIA (S. Soares de) — Sobre fundação — (Pareceres)	617
FERREIRA (B. de Siqueira) — A Alma do Jurista — Discurso de paraninfo aos bacharelados da turma de 1941 (Discursos)	629
FERREIRA (Waldemar) — O privadismo do direito criminal na doutrina de Teixeira de Freitas (Doutrina)	325
FERREIRA (Waldemar) — Barbosa de Magalhães, “Estudo sobre o novo código de processo civil” (Bibliografia)	675
FERREIRA (Waldemar) — Mário A. Rivarola, “Tratado de derecho comercial argentino”, “Regimen legal de la sociedad legal anonima” e “la Casa de los Pleitos” (Bibliografia)..	678
FERREIRA (Waldemar) — Fabian Onsari, “Gobierno municipal” (Bibliografia)	682
FERREIRA (Waldemar) — Oscar Stevenson, “Da exclusão de crime” (Bibliografia)	684
FERREIRA (Waldemar) — Mariano R. Tissebaum, “Los riesgos del trabajo industrial” e “El nivel de vida, su relación con el salario en America” (Bibliografia)	686
FREITAS (Vicente Mamede de) — Concurso de direito civil — Colações (Ponto número 16) (Prova escrita de concurso)..	179
LEME (Ernesto) — Três Poetas (Discursos)	654
LEME (Lino de Moraes) — O ante-projeto de código das obrigações — Parte geral (Doutrina)	67
LIMA (Alvino) — Do fideicomisso nas doações inter-vivos (Doutrina)	133
LUQUI (Juan Carlos) — Teotônio Monteiro de Barros Filho, “A taxa e seus principais problemas teóricos” (Bibliografia)..	689
MASAGÃO (Mário) — Concurso de direito administrativo — Municipalização dos serviços públicos (Provas escritas de concurso)	451
MEIRA (Rubião) — Discurso de saudação ao novo diretor da Faculdade, pelo reitor da Universidade (Diversos)	225
MELO NETO (J. J. Cardozo de) — Discurso de agradecimento por ocasião da posse na diretoria da Faculdade (Diversos)..	233

MELO NETO (J. J. Cardozo de) — Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior, por ocasião da posse deste na cadeira de medicina legal (Homenagens)	307
MONTEIRO (João Pereira) — Concurso de direito civil — Colações (Provas escritas de concurso)	173
MORATO (Francisco) — Reforma da Organização Judiciária do Estado de São Paulo (Pareceres)	605
MOURA (S. de Almeida) — O código penal e a pena de morte (Comentários)	670
REALE (Miguel) — Discurso de agradecimento por ocasião da posse na cadeira de filosofia do direito (Homenagens).....	23
REALE (Miguel) — O código de processo e a justiça de paz (Comentários)	667
REZENDE FILHO (Gabriel de) — Saudação ao embaixador da República do Uruguai, ministro doutor N. Alberto Guani (Discursos)	209
REZENDE FILHO (Gabriel de) — Discurso de saudação ao novo diretor, em nome da congregação da Faculdade (Diversos)..	229
REZENDE FILHO (Gabriel de) — Reforma da Organização judiciária do Estado de São Paulo (Pareceres)	605
RODRIGUES (Milton da Silva) — Discurso de saudação ao professor Almeida Júnior, por ocasião da posse deste na cadeira de medicina legal (Homenagens)	308
SILVA SOBRINHO (Rafael Correia da) — Concurso de direito administrativo — Dos conflitos de jurisdição. Competência para seu julgamento — (Provas escritas de concurso)	445
VILLABOIM (Manoel Pedro) — Concurso de direito administrativo — Qual a extensão do poder administrativo na concessão de minas antes e depois da Constituição Federal? (Provas escritas de concurso)	441



ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).