



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

1945

VOLUME XL
(EXTRAORDINÁRIO)

Em homenagem ao Professor Braz de Sousa Arruda,
por ter completado 25 anos de exercício de cátedra.

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DE
SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE S. PAULO

DIRETOR

DR. GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO

VICE-DIRETOR

DR. ALVINO FERREIRA LIMA

CONSELHO TÉCNICO-ADMINISTRATIVO

DR. BRAZ DE SOUSA ARRUDA
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. NOÉ AZEVEDO
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. BASILEU GARCIA

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849 — † 1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859 — † 1944)

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTONIO DE ALMEIDA MORATO
DR. JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUSA
DR. REINALDO PORCHAT

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 Internacional Público
DR. ANTONIO DE SAMPAIO DÓRIA, de Direito Internacional Privado
DR. VICENTE RÃO, 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. 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, contratado para reger a cadeira de Direito Constitucional do 2.º ano
DR. SEBASTIÃO SOARES DE FARIA, de Direito Comercial
DR. CANDIDO MOTA FILHO, de Direito Penal e de Direito Constitucional
DR. VICENTE DE PAULO VICENTE AZEVEDO, de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOSO 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 PAPTERRA LIMONGI, de Legislação Social
DR. SILVIO MARCONDES MACHADO, de Direito Comercial
DR. GOFREDO DA SILVA TELLES JÚNIOR, de Introdução à Ciência do Direito
DR. OTÁVIO MOREIRA GUIMARÃES, de Direito Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO, de Medicina Legal
DR. LUIZ ANTONIO DA GAMA E SILVA, de Direito Internacional Privado

COMISSÃO DE REDAÇÃO DA "REVISTA"

DR. JOSÉ SOARES DE MELO
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. ANTONIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR

SECRETÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO
FLAVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

1945
VOLUME XL
(EXTRAORDINÁRIO)

Em homenagem ao Professor Braz de Sousa Arruda,
por ter completado 25 anos de exercício de cátedra.

EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA.
RUA CONDE DE SARZEDAS, 38
SÃO PAULO (BRASIL, 1946)

“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).

HOMENAGEM



Professor Braz de Souza Arruda



Professor Braz de Souza Arruda

Redação

1 — O professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA nasceu aos 3 de fevereiro de 1895, na cidade de Campinas, onde seu pai, o eminente professor JOÃO ARRUDA, era então Juiz de Direito. Na família de que descende, figuram, entre outros nomes ilustres, os de seus tios BRAZ BARBOSA DE OLIVEIRA ARRUDA, LUIZ BARBOSA DA SILVA e ANTONIO BARBOSA DA SILVA, o de seu avô dr. BRAZ BARBOSA DA SILVA, seu bisavô comendador ANTONIO BARBOSA DA SILVA, bem como os dos desembargadores BARBOSA NOGUEIRA e INÁCIO ARRUDA (do Tribunal de São Paulo), e o do dr EUZÉBIO BARBOSA DE QUEIROZ MATTOSO, — todos antigos alunos da Faculdade de Direito de São Paulo.

Criado em Ribeirão Preto, fez exame de admissão ao Ginásio do Estado, cursando, a seguir, o Ginásio Silviq de Almeida, de onde se transferiu para o Ginásio de Ciências e Letras, naquela época dirigido por LUIZ ANTONIO DOS SANTOS. Concluídos com brilho os estudos propedêuticos, prestou exame de ingresso à Faculdade de Direito, exame para cujo êxito concorreu, sem dúvida, a orientação que lhe proporcionou, nos seus estudos de Filosofia e Latim, o preclaro mestre JOÃO MENDES JÚNIOR. Êste último, bem como PEDRO LESSA e JOÃO ARRUDA, foram, ao que diz o prof. BRAZ ARRUDA, os seus guias espirituais.

No curso acadêmico, onde teve por colegas de turma AMILCAR DE CASTRO, FLÁVIO GUIMARÃES, CIRO DE FREITAS VALLE, JULIO DE MESQUITA FILHO, PLÍNIO BALMACEDA CARDOSO, MARIO DE SOUZA LIMA, PLÍNIO GOMES BARBOSA, JOSÉ DA COSTA SILVA SOBRI-

NHO e outros, destacou-se, por seu amor ao estudo, como, aluno sempre distinto e sempre premiado. Colou grau em 1916.

2. Em 1917, logo depois de formado, disputou em concurso, a cátedra de Economia Política, Finanças e Direito Administrativo. Sua aprovação, unânime, valeu-lhe o título de livre docente da Faculdade.

Apresentou-se de novo a concurso, em 1919, para as cadeiras de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Constitucional. Aprovado e classificado em primeiro lugar, fixou-se, por decreto de 1925, na cadeira de Direito Internacional Público, que rege. Desde então até hoje, tem também ensinado, em caráter interino, quase tôdas as demais disciplinas, inclusive as do curso de doutorado, ao tempo em que êste funcionou.

3. A política interessou-o desde a vida acadêmica, durante a qual ocupou mesmo o cargo de secretário do Centro Acadêmico Onze de Agosto. Tomou parte, então, nos diversos movimentos cívicos da época, mórmente quando a mocidade se erguia para formar ao lado de RUI BARBOSA. Posteriormente, batalhou com a juventude das escolas superiores paulistas pela candidatura de LUIZ PEREIRA BARRETO. No Partido Democrático, bateu-se ativamente pelo triunfo da revolução de 1930. Em 1932, apesar de doente, manifestou solidariedade para com a revolução constitucionalista.

4. Em relação à cadeira de Direito Internacional, que ocupa, o mais importante trabalho do professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA é a série de preleções por ele feitas no curso de doutorado, e que, sob o título de “Estrutura do Direito Internacional”, esta Revista publicou no fascículo II do volume 34 (1938), e reeditou no fascículo III do volume 36 (1941). São 138 páginas substanciais, de riquíssima erudição e de aguda crítica. “Limitam-se, geralmente, os professores de Direito Internacional a ensinar princípios consagrados (diz o A.) 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, e obrigar o aluno a refletir sôbre seus princípios fundamentais.” Fixada assim a sua atitude, examina o A. os tópicos essenciais da disciplina, quer na sua feição didática, quer na sua evolução histórica.

5. Outra produção do professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA, justamente louvada, é a que versa o problema de “A Mulher na Diplomacia”, com que encerrou os cursos jurídicos da Faculdade de Direito, em 21 de novembro de 1931 (Revista da Faculdade, volume 27). Examina o assunto ajudado por inexgotável erudição, e firma ponto de vista inteiramente a favor da admissão da mulher na função diplomática. “GAMA LOBO (escreve ele), após enumerar casos de mulheres diplomatas, diz que os nossos hábitos e a educação que damos às mulheres, parecem reprovar a admissão destas pessoas para o exercício das funções diplomáticas. Essa objeção é fraquíssima, pois argumentava GAMA LOBO com a educação das mulheres portuguesas de seu tempo, beatas, cheias de preconceitos obsoletos, escravizadas ao homem, esquecendo-se contudo de que há países em que as mulheres são educadas e livres, e outros em que são mais instruídas do que os próprios homens: — haja vista os Estados Unidos.” Mais adiante, declara ainda: “A diplomacia nada mais é do que a aplicação da inteligência e do tacto às relações entre os Estados e a arte de conciliar os interesses do país com os do Estado junto ao qual o agente está acreditado, e com os da sociedade cosmopolita, cultivando um espírito, uma mentalidade internacional. Ora, para realizar esta missão, parece-me, nada falta à mulher: — inteligência e tacto, eis as qualidades essenciais ao diplomata”. A êste propósito, assevera mesmo: “Em um ponto, a mulher é superior ao homem, no tacto, na habilidade, na astúcia, no que poderíamos chamar — Maquiavelismo, e no seu horror

à violência, à brutalidade, no amor profundo à paz: — qualidades fundamentais para a diplomacia.”

6. Neste e em outros trabalhos, toma o professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA posição definida contra a guerra. “A guerra ameaça o mundo, e a guerra futura será o cemitério da civilização”, diz êle em 1931, citando HOOVER (quando ainda ninguém pensava na bomba atômica). A seguir, apoiando HENRI LE WITA, afirma, muito antes dos bombardeios de Varsóvia, de Rotterdam, de Londres ou de Colonia: “a luta entre as nações, que era até há pouco feita entre forças armadas, será de hoje em diante dirigida contra os não combatentes, contra as populações inermes.” Por isso, “é necessário acabar com a guerra, pô-la fora da lei, e isso só será possível pela educação e esclarecimento das massas, pelo desenvolvimento de uma opinião pública mundial contra a guerra, pela formação do espírito internacional, pela triplíce aliança dos intelectuais honestos, das mulheres e da mocidade.”

7. Preocupação também frequente no professor BRAZ ARRUDA é a que se relaciona com a educação em todos os níveis, desde o elementar até o universitário. Em “O Problema Universitário”, de 1929, escreve: “Nenhum progresso em matéria de ensino é possível enquanto predominar entre nós o sistema de reformas parciais, mormente feitas por pessoas que desconhecem os mais rudimentares princípios da pedagogia.” E, mais adiante: “E’ preciso difundir o ensino primário, contando-se com uma ação conjunta da união e dos estados, do municipio e dos particulares.” Tratando da escola secundária, diz: “Na escola secundária vai (o menino) desenvolver o seu espírito e habilitar-se para um ofício (função seletiva).” Nessa escola, “nada de programas formidáveis e indigestos.” “A educação consistirá principalmente em desenvolver a reflexão, o espírito crítico, o raciocínio, o amor ao estudo, à leitura. Nada de preleções.”

Quanto ao grau superior, “seria absurdo para as universidades ficarem isoladas no meio das comoções e transformações que se operam nos povos; não são máquinas de doutorar, mas sim crisol de homens, focos de pensamento renovador e de fôrças espirituais.” “A universidade deve socializar a cultura e vincular os povos.” Será necessário renovar os processos didáticos: “o seminário significa uma nova orientação, que FICHTE caracterizou dizendo que sua finalidade é formar o espírito científico.” “A importância do seminário é enorme, pois o livro tornou inútil a universidade clássica.”

Nesse mesmo trabalho, mostra-se favorável à participação dos alunos na direção das universidades, e fixa, como uma de suas conclusões: “estabelecer os cursos de seminários, desenvolver a investigação, abolir os exames finais e os concursos...” No ano, ainda, de 1929, relatando um parecer sôbre sugestões do Centro Acadêmico Onze de Agosto (parecer que os profs. WALDEMAR FERREIRA, VICENTE RÁO e SAMPAIO DORIA subscreveram), oferece-se, com tôda a comissão, “para, de acôrdo com os estudantes, iniciar desde logo a reorganização da biblioteca e as medidas indispensáveis para a adoção dos novos métodos nesta Academia, por meio de conferências, inquéritos, análises de livros e revistas, da confecção e discussão de teses, etc.”

8. Da extensa bibliografia do professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA, foi-nos possível reunir os seguintes títulos, os quais, como se vê, abrangem os mais variados assuntos: Discursos Acadêmicos, cujo volume, de 1916, foi dedicado ao prof. RAPHAEL SAMPAIO; Direito Administrativo e Ciência da Administração (tese de concurso, 1917); Deve o salário do operário ser proporcional à renda da terra e ao proveito do capital? (tese de concurso, 1917); uma série de artigos, reunidos no volume n. 21 de Revista da Faculdade de Direito: A crítica de M. LASCURE ao meu ilustre mestre dr. ALMEIDA NOQUEIRA; Ação social do Estado sôbre a Instrução Pública; O intercâmbio intelectual com as Repúblicas america-

nas; Repugna ao Direito Internacional o uso dos submarinos de guerra?; Pode o estrangeiro divorciado “a vinculo” em seu país contrair nupcias no Brasil?; Ó CONNOR D’ARLACH; Da troca, sua noção e definição; A união pode impor aos estados um alistamento para as eleições locais?; Importa a naturalização do pai a do filho menor?; Os grandes problemas econômicos; O melhor sistema tributário; O projeto do dr. SAMPAIO VIDAL; O interesse econômico em relações internacionais; Apólices de renda perpétua; Empréstimos; O instituto do perdão; O projeto do senador HERCULANO DE FREITAS; Em relação à parede dos operários; Antigo São Paulo; Discurso ao ser dado à Biblioteca da Faculdade um exemplar da conferência de RUI BARBOSA em Buenos Aires; Eleições; Conferências patrióticas; A santa cruzada; A responsabilidade alemã pela conflagração européa; Os crimes e as loucuras dos alemães; A conflagração européa estudada do ponto de vista econômico; Deve o salário do operário ser proporcional à renda da terra e ao proveito do capital?; Papel moeda; “Post bellum”; Crises econômicas; Direito Internacional Público; O reclamo; Estado de sítio e eleições (em colaboração com o prof. JOÃO ARRUDA); no vol. 22 da mesma Revista: Socialismo harmônico e a questão social; Danos por operações de guerra; Discurso que deveria ter sido pronunciado na Faculdade de Direito de São Paulo na recepção do dr. EPITÁCIO PESSOA, e que não foi por motivo de força maior; no volume 23: O centenário da Faculdade de Direito; Resumo das preleções de Direito Internacional Público; Guerra Civil; Progresso e futuro do Direito Internacional; Organização de partidos; O divórcio; volume 25: Parecer sobre as sugestões do Centro Acadêmico Onze de Agosto; A vida rural na Inglaterra (tradução); O problema universitário; volume 26: Discurso de paraninfo; volume 27: A mulher na diplomacia; volume 34: Estrutura do Direito internacional; volume 36; re-edição do trabalho anterior; volume 37: Crueldades nas guerras. Muitos desses trabalhos haviam sido

publicados anteriormente, em jornais e revistas, ou tiveram neles posterior reprodução.

9. Sôbre a forma lisongeira por que foram acolhidas, no País e no estrangeiro, as produções do professor BRAZ DE SOUZA ARRUDA, leiam-se, no volume 21 da Revista da Faculdade de Direito, as elogiosas cartas recebidas por ele ou por seu pai, das seguintes personalidades: ALCIBIADES ROLDÁN (Chile); ESTANISLAU ZEBALLOS (Argentina); HENRY CAMPBELL BLACK (E. Unidos); JOSEPHUS JITTA (Holanda); EDUARDO ESPINOLA (Brasil); JOSÉ LEON SUAREZ (Argentina); CARVALHO DE MENDONÇA (Brasil); J. LOBO D'AVILA LIMA (Portugal); JUAN AGUSTIN GARCIA (Argentina); OLIVEIRA LIMA (Brasil); Conde AFONSO CELSO (Brasil); e AZEVEDO MARQUES (Brasil).

REMINISCENCIAS

Ruy Barbosa e o Direito das Gentes (1)

Braz de Sousa Arruda

Não me toca fazer o perfil do gigante do pensamento que a nossa estremecida patria acaba de perder, o Conselheiro Ruy Barbosa. Já lhe fundiram o busto em bronze os escultores, já lhe pintaram o retrato todos os inspirados pinceis, e já lhe descreveram o carater adamantino as penas dos verdadeiros patriotas e a palavra dos tribunos. Por todas as faces foi estudado o grande mestre, o guia da mentalidade brasileira nestes ultimos cincoenta anos. Em síntese, pôde-se dizer que onde havia uma lágrima a enxugar, um sofrimento a aliviar, uma dor a consolar, aí se achava o santo varão que todos estremeciamos. Era o anjo tutelar dos que sofriam, e ao mesmo tempo o vingador dos oprimidos. Na tribuna e na imprensa, foi o defensor de todos os nobres ideais, e nunca sua pena intemerata deixou de estar ao serviço da liberdade do povo e dos sagrados direitos do homem, que ele fez assegurar na Constituição Brasileira, em que grande parte foi, inspirando-se quando nela trabalhava nas lições de Cristo cuja religião sempre confessou, mostrando quanto concorreu a doce doutrina do Evangelho para a felicidade e para o progresso do gênero humano. Em todos os trabalhos legislativos de vulto, não faltava a intervenção do indefesso batalhador, quer se tratasse da Constituição Federal, quer do Código Civil, quer doutra qualquer lei de importancia para os interesses bra-

(1) Lição inaugural do curso de Direito das Gentes do 2.º ano, em 1923.

sileiros. Si a patria corria perigo, lá estava o guerreiro na estacada, ou em campo aberto, de viseira erguida, e pronto para atacar o adversario com a lealdade própria dos nobres combatentes que defendem, com fé, a patria e a justiça. A campanha que empreendeu em seu memoravel jornal "*A Imprensa*" foi, sabem-no todos, a causa real da queda do antigo regimen. Foi pelas colunas do terrivel órgão (que atacava qual ariete as muralhas do vetusto castelo monárquico) que o grande tribuno, defensor das idéias novas, conseguiu implantar no solo da patria o regimen que felizmente hoje nos rege. E' a ele que se deve a liberdade de que gozamos, e, convencido o povo brasileiro desta verdade, de todos os lados erguem-se hoje vozes, fazendo-lhe o elogio funebre e lamentando a perda tremenda e irreparavel, e entoa-se um côro de hinos em louvor do grande homem que passou fazendo o bem aos seus compatriotas, e servindo a patria, que sempre foi o principal objeto de sua afeição.

Não é porém o trabalho da feitura de nossa Constituição e de nosso Código Civil, nem é a defesa dos fracos, nem é a luta pela imprensa pelos mais nobres ideais, nem é sua inspiração de orador, a rivalizar com Cícero e Demóstenes, nem a elegancia de sua linguagem transformando o nosso idioma, dando-lhe uma sonoridade nunca dantes conhecida, desbastando-lhe as asperezas e imprimindo-lhe um cunho correspondente á nossa cultura, mantendo o antigo mas melhorado e embelezado, não é de tão importantes serviços que me toca tratar agora, é só do internacionalista que me cumpre falar.

Nem só em Haya mostrou-se verdadeiro apóstolo da humanidade, advogado dos povos fracos contra a prepotencia e o poderio dos fortes, como o fôra sempre dos homens desvalidos nas relações internas, mas desde a proclamação da república, quando a nossa patria teve de dar ao mundo conta dos motivos por que mudára de fórmula de governo. Foi então ele quem dirigiu a ação do novo governo nesse terreno em

que os homens do antigo regimen e do novo nada conheciam, habituados todos á ação pessoal do imperador, que fôra tudo nas relações internacionais, deixando muito pouca margem á iniciativa de nossos diplomatas no estrangeiro, e nenhuma aos políticos dentro dos limites de nosso território. Não fossem as dificuldades de comunicação pelo correio e pelo telegrafo, e a nossa diplomacia, durante o império, não teria existido, nenhum papel haveriam representado no cenário internacional os dois Paranhos, Lafayette, Cotegipe e outros vultos de que se honra a patria brasileira. Desde os primeiros anos pois da república, começou o Conselheiro Ruy a ser conhecido nos meios estrangeiros, e sua estada em Londres, durante o tempo em que dominou no Brasil o Marechal Floriano, foi cáusa de se tornar conhecido o nosso grande país que teve a dita de ser a patria de tão peregrino engenheiro. Foram esses seus primeiros atos apenas os pródromos do que seria o illustre patricio em tempos posteriores, quando a humanidade ansiosa procurasse em Haya, em 1901, uma fórmula para evitar a guerra, tão detestada em todos os tempos, e incompativel hoje com a nossa cultura, e quando a Alemanha em 1914, rompendo todas as promessas de cordura que os povos se faziam, desfazendo a história para voltar aos tempos da barbaria, levaria a guerra ás mais pacíficas nações da terra, e, emboscada em portos de nações neutras, atacaria, qual salteador deshumano, os nossos navios, que conduziam o produto de nosso trabalho e as nossas riquezas. Ante o desrespeito á nossa dignidade, ante o torpedeamento sistemático de nossos navios mercantes, ante tantas e tão duras provocações, suscetibilizado pela atitude do povo que voltava á mais rude selvageria, e que desrespeitava todas as leis e todos os tratados, que o progresso dos sentimentos cristãos e o desenvolvimeno da doutrina de Cristo implantaram nos povos cultos, levantou-se a voz do homem que era um vulcão quando indignado, e sua palavra inspirada foi á Argentina pregar a cruzada contra os bárbaros que dominavam o mar, novos piratas, pois dos antigos já a cul-

tura humana limpára o oceano, que se tornara o caminho franco para as frotas mercantes, pacíficas, auxiliadoras do trabalho honesto, e que favorecem a aproximação dos povos.

Mas qual sua missão em Haya, onde tão alto elevou o nome brasileiro? Foi lá que culminou o seu talento no céu em que brilham as estrelas que presidem aos destinos dos povos, foi também lá que o Brasil começou a ser considerado como um país em que se cuida das relações internacionais, e em que ha homens que podem, por seu vasto descortino e por sua cultura, influir na sorte do mundo culto. Não o dizemos nós, mas dizem os estrangeiros que o papel do Conselheiro Ruy nesse Congresso em que o mundo se fez representar pelo seu escól, foi o de um apóstolo da paz, e que sua superioridade a todos os membros da grande assembléia não pode ser negada. Não queremos nós seus concidadãos encarecer-lhe o mérito, foram os orgulhosos europeus, que supunham um território bárbaro este que se estende do Amazonas ao Prata, que confessaram a elevação de idéias do nosso patrício e sua rara cultura servida por um lúcido espirito ao qual nenhum se igualava.

Corria o ano de 1907. Quarenta e quatro nações se faziam em Haya representar pelo que de mais notavel tinham dentre seus filhos. A Alemanha, segundo refere William Stead, forte pelo seu colossal exército, e representada pelo orgulhoso barão de Marschal, recusava abertamente a ouvir os oradores sul-americanos. Nunca, diz o mesmo Stead, respondeu a um único argumento que fosse dos representantes das repúblicas latinas do Novo Mundo. Uma exceção abria, e essa era concedida ao Conselheiro Ruy: é que o soberbo representante da Alemanha e do orgulho germânico sentia que a palavra do orador brasileiro era uma força superior ao exército com que, em Sedan, o império (cujos dias estavam contados) vencêra a França, e impusera, á república nossa amiga e hoje nossa aliada pelo Tratado de Versalhes, tudo quanto era destinado a humilhar a nação

que marcha na vanguarda do progresso, e que, ainda vencida, não dobrou a cerviz e soube ser ativa, sem apelar para a misericórdia do vencedor nem para o auxílio dos demais povos que não tinham que ver com a sua luta com o império vizinho. Com efeito, com razão temia Marschal a Ruy, e mostrava-se previdente, pois foi a conferência de Buenos Aires que acordou a consciencia humana, e que moveu os povos do continente sul americano a abraçar a causa da França contra o império que torpedeava os nossos navios, assassinava os nossos irmãos, e que não nos dava explicações, como não dava resposta aos representantes das nações sul americanas no Congresso de Haya, exceptuado o grande Conselheiro Ruy, cujo mérito seria tão ridículo encobrir, quanto pretender escurecer a luz do sol que brilha ao meio dia.

Nomeado, por indicação da Rússia, para presidente da primeira comissão, quando o fôra só para o da segunda o representante da Alemanha, não podia o nome de nosso patriócio deixar de chamar a atenção de todos os membros do Congresso. A princípio, quizeram tratá-lo como a um rascacuere, com que se divertem os chistosos parisienses, julgando que representam esses ridículos americanos a média de nossa intelectualidade, mas, depois, quando lhe sentiram o pulso hercúleo de lutador invencível, começaram a compreender que duas forças havia no Congresso: a da Alemanha com o seu exército, e a do Brasil com esse novo David, capaz de, com sua fé, e o auxilio de Deus que lhe outorgara o gênio, fazer tombar o gigante de além do Reno, como derrubára já o império brasileiro.

As mais delicadas questões foram com suma perícia tratadas pelo grande internacionalista, e basta citar a da proposta Drago, contra a qual ele deveria se bater, mas sem suscetibilizar as nações irmãs. Disse ele, dando conta da dificuldade de sua posição e de quanto melindre deveria ter para não magoar a suscetibilidade das nações do Novo Continente: “Quasi todas elas viam na doutrina de Drago um escudo á dignidade e integridade de nosso con-

tinente, contra a ameaça de violentas demonstrações européias, como a de que tinham sido objeto Venezuela, senão ainda mais graves.” Aumentava sua dificuldade o fato de ter-se batido pela abolição do direito de captura que algumas nações sul americanas advogavam contra os Estados Unidos. Zeballos, levado por um sentimento injusto, mas respeitabilissimo, pois era nascido de seu patriotismo, teve na conferencia alguns atritos com o Conselheiro Ruy, mas, com o tempo, refletindo calmamente, seu espirito clarividente, já desonubilado, reconheceu que era com o nosso patricio que estava a razão, e foi naturalmente por esse motivo que, em 1914, ofereceu ao grande brasileiro uma coleção de suas obras com dedicatorias sumamente honrosas para o saudoso representante da nossa patria em Haya.

Constituiu-se na assembléia o célebre “Comité des Sept”, que foi cognominado a “Comissão dos Sete Sábios”. Compunha-se dos embaixadores dos Estados Unidos, da França, da Alemanha, da Rússia, da Austria Hungria, da Itália e do Brasil. A estes veio unir-se, pouco depois, o da Inglaterra, continuando o Comité com seu nome primitivo, quiçá por ser o numero sete tido por fatídico. Como se vê, só o Conselheiro Ruy nele representava uma nação militarmente fraca, devendo-se haver a comissão como sendo a representante do poderio militar, da força material, do que, em suma, se denomina a superioridade de uma grande potencia. Era ele quem falava, dentro da comissão, pelas nações fracas, e, por isto mesmo, veio a ser o representante das nações sul americanas. Mas não se lembravam os da assembléia de que, com a palavra, derribara o Conselheiro Ruy o império brasileiro, e, si houvesse aos representantes dos exércitos, assaltado o espirito essa recordação é provavel que comprehendessem que bem poderia nove anos depois, em Buenos Aires, a palavra inspirada do grande orador eletrizar as nações americanas, acordar o brio daquelas que eram ultrajadas pelo império alemão a torpedear seus navios, e vir a derrocar o velho império dos Hohenzolerns. Sim: o resultado da conflagração

européia exprime-se em poucas palavras: foram o Conselheiro Ruy, no Sul, e Woodrow Wilson, no Norte, que moveram a América a ir dar o apóio necessario aos aliados, afim de que repelisses dos muros de Paris a Alemanha quasi vitoriosa. Não fosse o auxilio desses dois benfeitores da humanidade, e outra seria a sorte do mundo, entregue á ferocidade germânica, quiçá engolfado em trevas, tornado ao período das guerras sem treguas.

Infelizmente nesse Congresso, destinado a buscar a paz entre as nações, em que discutiam seus membros a abolição da captura, a arbitragem obrigatória, a inviolabilidade da propriedade privada no mar, a doutrina Drago, a abolição do contrabando de guerra, ou, ao menos, a sua definição ou determinação dos artigos como tais considerados, o bloqueio, a permanencia dos navios beligerantes nos portos neutros, a transformação de navios mercantes em navios de guerra, o recurso das decisões dos tribunais de presa para tribunais de 2.^a instancia, como início de julgamento obrigatório, por tribunais, de todas as questões internacionais, os deveres dos neutros, a colocação das minas pelos neutros, infelizmente, repito, por um fenômeno de sobrevivencia de idéias dos tempos passados, permanecia como critério da supremacia dos povos a força militar. Foi contra essa tendencia, verdadeiro anacronismo, que teve de se bater o Conselheiro Ruy.

Recorda-me, de meus estudos de latim, o que nos Commentarios da Guerra das Galias dizia Cesar para defender seus atos, e dessa lembrança tiro hoje quanta grandeza de espirito, quanta vastidão de vista, quanta perspicácia, quanta clarividencia tinha o grande conquistador das Galias, e, ao mesmo tempo, organizador de Roma. Não obstante a força de que dispunha, sem embargo de sua habilidade de grande general, seguro de que, no campo de batalha, seu gênio o fazia superar todos os adversários, nunca começou uma campanha sem primeiro provar a seus inimigos que tinha por si a justiça e se limitava a defender os direitos

de um povo virtuoso, justo e temente ás leis divinas e humanas. Por que o fazia? É que o grande capitão comprehendia que, si seu ataque não tivesse apóio na consciência dos povos de então, estaria ele sujeito a uma coligação dos fracos, e logo se empanaria o brilho da estrela que o guiava. A mais rápida leitura da obra do invencível capitão romano e invejavel estilista, logo faz sentir, através das frases de elegancia lapidar de suas obras, que eram as coligações o fantasma que o assombrava, noite e dia, em sua tenda de campo. E foi a coligação dos povos latinos e saxônios no Novo Mundo que derrocou o velho e poderoso império, diante do qual tremeu o mundo em 1870, e quarenta e quatro anos mais tarde, quando impudente e imprudentemente proclamou que os tratados eram farrapos que não mereciam respeito, violou o território da Bélgica, e do Luxemburgo, e caiu de improviso sobre a França, que julgava o primeiro ponto em que firmaria o pé para dominar o universo.

Não me é possível pintar com as cores vivas com que pintou o verbo inflamado do artista da palavra o que foi essa guerra tremenda, cuja só descrição na conferencia de Buenos Aires faz arrepiar os cabelos a todos e perguntar si era possível, em pleno seculo XX, tanta barbaridade. Deixo este ponto, e passo ao encerramento da conferencia de Haya.

Vencêra afinal a opinião de que os povos se classificam pelo poderio militar. A dor que alanceou o peito do amigo da paz é inenarravel. Vai dizer as ultimas palavras, e profetizar as consequencias do erro cometido pelos companheiros. Sua voz na novissima verba tem o tom do-lente dos que choram uma desgraça. Ha um quê de bíblico em seu discurso, e faz lembrar os profetas, ao entrarem nos palácios dos reis para dizerem duras verdades, sem ambages, nem rebuço. Afirmam que houve em tal oração uma ameaça velada por parte do embaixador brasileiro, mas eu não vejo onde esse disfarce. O grande brasileiro assoma á tribuna, e, depois de recordar o que se pas-

sara, refere isto que a todos nos causa diariamente admiração, sem embargo de ser coisa sempre vista e já de nós conhecidíssima: o desenvolvimento de nossa patria de modo prodigioso, como só succede nos países novos nos tempos modernos. Da noite para o dia, formam-se cidades, a população dobra, triplica, a riqueza é aumentada em uma progressão nunca vista, nem sonhada, onde havia um deserto, surge uma cidade bellissima, quem hontem era pauperrimo, é hoje riquissimo, e Job da vespera será o Cresco do dia seguinte, e, si assim é, si temos riqueza, rápido desenvolvimento, e si não nos falta patriotismo, por que não será o Brasil amanhã uma potencia igual, sinão superior, ao Japão? Basta ao colosso sul americano o querer, e a bravura de Caxias, Osorio, Saldanha da Gama, Inhauma, Amazonas e tantos e tantos outros terá os meios de fazer o Cruzeiro do Sul dominar o mundo, e ser temido nas conferencias, como foi a de Haya: uma assembléa em que se louvava a paz e se rendia preito ao poder militar das nações belicosas. Mas não foi esta a única dor que sofreu o grande patricio, pois seu coração ainda foi alanceado pela afirmativa de que faltava ao Brasil a probidade necessaria para ser juiz nas pendencias internacionis. Cita o nosso patricio, rememorando glorias de nosso passado, os nomes do Visconde de Itajubá, do Barão de Arinos, de Lopes Neto, Lafayette Pereira e Aguiar Andrade, nomes imorredouros, juizes que colheram, nos tribunais internacionais, louros imarceciveis, para si e para a nossa querida patria.

Eis, senhores, quem foi o Conselheiro Ruy Barbosa na qualidade de internacionalista, eis os serviços que prestou á patria e á humanidade, eis o que fez em Haya e em Buenos Aires, influindo de modo decisivo na vida dos povos cultos e na sorte da humanidade. Os historiadores que se ocuparem de nossos tempos, ao narrarem os acontecimentos do seculo XX, não poderão deixar de dar como uma das causas dos acontecimentos de nossos dias a influencia de nosso compatriota.

DOCTRINA

O crime político e a forma de seu julgamento na ditadura fascista brasileira

Waldemar Ferreira

Mais volúvel conceito se não depara do que o do crime político. Varia no tempo e no espaço. E o processo de apurá-lo e julgá-lo é, mais ou menos, o mesmo, em tal ou qual regime político, assim nos rescaldos revolucionários, como na transitoriedade, curta ou alongada, dos regimes ditatoriais.

Assim foi, como não podia deixar de ser, na ditadura fascista instaurada no Brasil em 1937, por movimento branco das forças armadas, e por elas mesmas encerrada, sem gôta de sangue, em 1945. Num e noutro caso, no meio da indiferença nacional, surpreendida pelos acontecimentos.

Para que tal regime se implantasse, o trabalho revolucionário, orientado e dirigido pelo chefe do govêrno, fez-se em silêncio, à revelia da opinião pública nacional, embóra, na Câmara dos Deputados, fôsse êle denunciado. Por isso, teve ela sua voz abafada pelo golpe de Estado, que a dissolveu, e pela mais desabusada das censuras, que depois se lhe seguiu. Para que tal regime caísse, movimentou-se a opinião pública, graças à suspensão da censura, tempos depois, e somente nos primeiros meses de 1945, imposta pela pressão da opinião internacional. Ainda assim, o golpe, que depôs o ditador, foi tão rapidamente desferido, que a Nação nem teve tempo de acompanhar-lhe os lances.

Nêsse golpe, as forças armadas se redimiram, pois que não alçaram uma ditadura em lugar de outra, mas entregaram o poder ao judiciário, investindo o presidente do Supremo Tribunal Federal na suprema magistratura da Nação.

Para que, porém, se possa aquilatar de como agiu a ditadura fascista deposta contra os que persistiram em manter as suas convicções democráticas, passa-se a transcrever, nestas páginas, a petição de *habeas-corpus*, impetrado pelos advogados brasileiros em favor de exilados políticos brasileiros e que o Supremo Tribunal Federal, unanimemente concedeu, por acórdão de 11 de abril de 1945 (*). Redigiu-a WALDEMAR FERREIRA. Subscreveram-na mais de mil advogados de São Paulo, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e da Baía, muitos por telegrâmas endereçados à mais alta Côrte de Justiça do Brasil.

Comentando o grande julgado, que tão profundamente repercutiu em todo o país, em sua edição do dia seguinte, o

(*) O acórdão, qual se publicou no *Diário da Justiça* apenso ao n. 249, de 1 de novembro de 1945. do *Diário Oficial*, do Rio de Janeiro, é do seguinte teor:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas-corpus* n. 29.002, do Distrito Federal, em que são pacientes os Drs. ARMANDO DE SALES OLIVEIRA, OTÁVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, resolvem os Ministros do Supremo Tribunal Federal conceder a ordem, por unanimidade de votos, de acôrdo com as notas taquigráficas anexas.

Rio, 11 de abril de 1945. — EDUARDO ESPINOLA, Presidente. — ANIBAL FREIRE, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Anibal Freire — Em longa petição, o professor Dr. WALDEMAR FERREIRA e outros advogados, em número avultado, impetram a este Tribunal uma ordem de *habeas-corpus*, em favor dos Drs. ARMANDO DE SALES OLIVEIRA, OTÁVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional a 2 anos de prisão, grau mínimo do art. 3.º inciso 9.º do Decreto-lei n.º 431, de 1938.

Começa a petição por descrever o movimento conspiratório que declara ter sido policialmente arquitetado em São Paulo para chegar ao resultado almejado, o fechamento do Estado de São Paulo.

Salienta que do processo foram excluídos quarenta e três dos inidiciados, de molde a prosseguir contra dez, sete dos quais foram absolvidos, vindo finalmente a ser condenados apenas os Drs. ARMANDO DE SALES OLIVEIRA, OTÁVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO.

Aponta em seguida a petição a nulidade do processo e sentença condenatória. Neste ponto começa por acentuar a qualidade de exilados dos condenados, o que é notório, além de estar comprovado pela própria denuncia do Sr. Dr. Procurador adjunto ao Tribunal de Segurança Nacional.

Estando assim eles expatriados, com residências conhecidas em Nova York e Buenos Aires, teriam sido eles facilmente citados e assim o entendeu judiciosamente o juiz da 1.ª instância, Dr. PEREIRA BRAGA. Divergiu,

Jornal do Comercio, do Rio de Janeiro, nêstes termos se exprimiu:

“Não nos cabe aqui examinar os fundamentos da sentença, nem discutir os termos do processo, em virtude do qual foi proferida a condenação. São aspectos juridicos de natureza doutrinária, em torno de uma questão politica ligada estreitamente ao regime instituido em 10 de novembro de 1937 e cuja análise escapa, no momento, ao objetivo dêste comentário.

“Queremos apenas acentuar que a decisão da suprema Côrte de Justiça do país constitúe, nesta hora de graves preocupações, uma garantia de que a magistratura brasileira sobrevive, serena e íntegra, na magnitude de sua missão, apesar da desorientação e do confusioismo que amea-

porém, do entendimento o Tribunal pleno, que mandou aplicar ao caso o parágrafo único do art. 4.º do Decreto-lei n.º 474, de 8 de junho de 1938.

Tornou-se, assim, o processo radicalmente nulo, por falta de citação pessoal dos acusados, pois não se achavam os mesmos soltos nem foragidos.

Invoca a petição em abono do seu ponto de vista o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de *habeas-corpus* numero 28.872, de Sergipe, de que foi relator o Sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO (acórdão de 3 de dezembro de 1944).

Passa a petição a considerar a injustiça e inexistência da sentença condenatória. Estende-se a êsse respeito, em amplas considerações, acentuando não haver crime na crítica, embora em termos vivazes, do panorama político brasileiro.

Acrescenta em seguida a petição que mudou sensivelmente a ordem politica, abrindo-se por força das circunstâncias, tanto internas quanto e principalmente extrenas, ou melhor, internacionais, o debate em torno do sistema político e administrativo, suspendendo-se a censura à imprensa, permitindo-se a manifestação livre da opinião de doutos, academias, institutos.

“Como, em tais condições, pensar na execução da sentença condenatória pelo mesmo crime, se crime se praticou, dos três exilados brasileiros, quando agora e evidentemente crime tal não se considera?”

Em eruditas considerações, a petição desenvolve o seu ponto de vista, lembrando a opinião de autores sobre a mitigação da relação jurídica e abrogação das leis meramente outorgadas em regimes ditatoriais.

Conclui a petição:

“Cabe *habeas-corpus* sempre que alguém sofra ou se ache na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Considera, de resto, o art. 648, ns. VI e VII, do Código de Processo Penal, coação ilegal a manifesta nulidade de processo, bem assim a instauração dêste, extinta a punibilidade. Do mesmo modo, é

çam subverter a ordem dos valores morais e sociais da vida brasileira.

“O voto unânime dos juizes que compõem o egrégio Supremo Tribunal Federal traz à Nação inquieta a segurança de que a justiça no Brasil paira acima dos interesses políticos, não se intimida com as restrições à sua soberania, não recua diante das armas do arbítrio punitivo do poder. Invocada pelos oprimidos, ressurgue independente, para restaurar o direito ofendido e proteger a liberdade cerceada.

“Neste momento de tanta dúvida e inquietação, a decisão de ontem do Supremo Tribunal Federal reafirma no Brasil a grandeza do Poder Judiciário, cúpola magnificente da vida democrática de um povo, força que o protege, defende e ampara contra a violência, a ilegalidade e a injustiça.

de concluir, o julgamento dêle, ou, ainda, a execução da sentença nele proferida. Que é manifestamente nulo o processo em que se lançou a sentença condenatória dos Drs. ARMANDO DE SALES OLIVEIRA, OTÁVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, à saciedade se demonstrou, sobretudo em face do acórdão de 3 de dezembro de 1944, consignado nos autos do habeas-corpus n.º 28.872, do Estado de Sergipe. Que a sentença é injusta e inexequível, diante da mudança das condições que alteraram a ordem jurídica, que poderia justificá-la, se nula não fôsse, é de incomparável evidência. Eis a coação ilegal. Violência inaudita, por último, constituiu o exílio forçado dos três brasileiros sobre os quais a ditadura desfechou o raio da sua perseguição.

Concedendo-lhes a ordem de habeas-corpus, que em favor dêles se impetra, para que cessem a violência e coação ilegais, de que são vítimas, de molde a poderem, livres de culpa e pena, retornar a sua Pátria, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, substituindo o arbítrio pela lei, cumprirá, mais uma vez, sua alta missão, de incorruptível nobreza, como poder moderador das rudesas governamentais e assegurador dos direitos do homem.

Nestes termos, D. e A., com os documentos anexos”.

O pedido veio acompanhado de vários documentos. Solicitei informações ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Segurança Nacional, que, imediatamente, me enviou o seguinte officio acompanhado de todo o processo.

“Em atenção ao Officio n.º 49, de 5 do corrente, solicitando informações a respeito do que alegam os advogados dos pacientes na petição inicial de habeas-corpus n.º 29.002, impetrado a êsse Egrégio Tribunal em favor de Armando de Sales Oliveira, Otávio Mangabeira e Paulo Nogueira Filho, esclareço a V. Exa. que ditos acusados denunciados como incurso, o primeiro nos incisos 9 e 13 do art. 3.º do Decreto-lei número 431 de 1933

“A expressiva demonstração ontem verificada de que essa força perdura em meio dos erros, incertezas e desvairios desta hora, é reconfortante esperança que surge para os que anseiam por ver o país retomar em ordem o ritmo de sua evolução democrática, no respeito às tradições jurídicas de sua formação histórica.”

A petição de *habeas-corporis*, suprimidos seu introito e seu final, fórmulas judiciárias comuns, é a que se segue.

CAPÍTULO I

O movimento conspiratório, policialmente arquitetado, para o fechamento de grande órgão do jornalismo brasileiro.

1. Nos últimos dias do mês de março de 1940, realizou a polícia do Estado de São Paulo a prisão de cerca de cinquenta pessoas,

C-c art. 5.º, número II letra “b”, da Consolidação das Leis Penais, no processo número 1.142, desta Capital, foram absolvidos por sentença de 4 de dezembro de 1940, reformada na Apelação n.º 663, por Acórdão de 17-12-1940, para condenar os referidos acusados a 2 anos de prisão, grau mínimo do art. 3.º, inciso 9, do Decreto-lei n.º 431, citado.

Outrossim, para melhor elucidação da hipótese, esta Presidência encaminha a V. Exa. os autos do processo n.º 1.142 (apelação 663), em que foram condenados os pacientes, para que esse Egrégio Tribunal aprecie devidamente as alegações feitas na petição inicial.

Reitero a V. Exa. os meus protestos de elevada estima e distinta consideração.

O Presidente do Tribunal de Segurança Nacional. — F. de Barros Barreto, Ministro.”

Em 4 deste mês o advogado doutor Rubens Sousa Barreto, de São Paulo, pediu fazer juntar aos autos, razões sobre o pedido formulado, renovando argumentos já expendidos e invocando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre desigualdade na aplicação de lei por parte do poder público.

Fiz igualmente juntar aos autos telegramas de vários advogados da Bahia e desta Capital, de ampla solidariedade com os impetrantes.

VOTO

O Sr. Ministro Anibal Freire — Dois são os fundamentos do pedido: injustiça e inexequibilidade da sentença condenatória e nulidade do processo e sentença por vício de citação.

De referência à injustiça da sentença o âmbito do *habeas-corporis* não permite o conhecimento da matéria, além de que a lei básica não nos outorga a faculdade de órgão de cassação dos arestos de outros tribunais. A simples alegação do descêrto não pode cimentar as nossas decisões. Só

quase todas filiadas ao então extinto Partido Constitucionalista, por suspeitas de acharem-se envolvidas em trama subversiva, que teria sido chefiada pelo primeiro signatário desta, com o fim do desencadeamento de golpe armado contra os poderes constituídos. Manifestara-se ela, ao sentir das autoridades que conheceram do caso, por intensa propaganda política, desenvolvida em ocasiões propícias, discursos candentes, entrevistas nos jornais, reuniões no edifício da empresa jornalística *O Estado de São Paulo* e nas residências de alguns proceres políticos, coincidindo com franca distribuição de manifestos subversivos de autoria ou de responsabilidade dos dros. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA, e PAULO NOGUEIRA FILHO procedentes dos países onde estes se acham, ou, como disse o Procurador-adjunto, em sua denúncia ao Tribunal de Segurança Nacional, “onde se encontram exilados como elementos nocivos aos interesses nacionais”. Saliente-se, desde logo, êste fato, sobremodo significativo e afirmado pela autoridade pública, de en-

quando se verifica atentado contra a lei, tem de operar-se a ação reparadora do direito por parte dêste tribunal.

Ao discutir-se neste pretório a competência dêle para o conhecimento das decisões em *habeas-corpus* do Tribunal de Segurança Nacional, COSTA MANSO, com a sua grande autoridade exprimiu em síntese conceito tradicionalmente seguido:

“O Supremo Tribunal Federal não pode, em julgamento de *habeas-corpus*, emendar as decisões dos tribunais inferiores. Desde, porém, que o constrangimento seja ilegal, isto é, extrinsecamente contrário à lei, o remédio constitucional é admissível”.

CASTRO NUNES, no seu magnífico trabalho sôbre o Poder Judiciário assera:

“O Supremo Tribunal não se substitui ao Tribunal de Segurança para rever ou reformar, como instância superior a sua decisão. Limita-se a examinar, pelo *habeas-corpus* ou por via de conflito, a conformidade do exercício da jurisdição com a preceituação legal ou constitucional.”

Como se vê, sempre a observância do conteúdo legal em face da decisão; jamais o exame das razões de consciência que impulsionaram a ação do julgador.

Cumpra agora considerar o aspecto da inexequibilidade da sentença.

A despeito da valia e realce dos ilustres signatários da petição, não se me afigura que lhes assista razão neste ponto.

Não se trata na hipótese de apreciar os efeitos de um ato de autoridade referente à liberdade do indivíduo, nem sequer se esboça neste feito a duplicidade de conduta do poder administrativo na aplicação das leis concernentes à livre manifestação do pensamento por todos os meios postos ao alcance dos membros da comunhão social, hipótese em que ao judiciário poderia caber o exercício de uma ação niveladora.

Em substância o que se pleiteia é a inexequibilidade de uma sentença condenatória, proferida por tribunal competente, somente porque o objeto da condenação passou na fase atual da vida do país a ser encarado por outro prisma pelos agentes da administração pública.

contrarem-se os pacientes exilados e, pois, no cumprimento de pena, que já lhes havia sido imposta pelo govêrno da República.

Ao mesmo tempo em que as prisões se efetuaram, em 25 de março de 1940, o govêrno federal, por portaria e intermédio do exmo. sr general ministro da Guerra, e tal está dito na denúncia acima referida, ordenou à Superintendência de Segurança Política e Social de São Paulo o fechamento da redação do jornal *O Estado de São Paulo*, cujas atividades redatoriais cessaram naquela data, reabrindo-se depois, mas na posse, administração e redação de prepostos do Departamento de Imprensa e Publicidade, ou seja o Dip.

2. Removidos os presos políticos para o Rio de Janeiro e recolhidos, a princípio, a quartéis e fortaleza do Exército, e depois ao quartel do Regimento de Cavalaria da Polícia Militar do Distrito Federal, prosseguiu o inquérito a propósito aberto; e, aos 26 de abril de 1940, pelo dr. JOAQUIM DA SILVA AZEVEDO, procurador-adjunto, com fundamento nêle e em obediência ao art. 39 do decreto-lei n. 474, de 8 de junho de 1938, combinado com a alínea b) do art. 41 do regimento interno do Tribunal de Segurança, a êste, inicialmente,

As pessoas mencionadas no pedido foram condenadas no grau mínimo do art. 3.º inciso 9 do Decreto-lei número 431, que define os crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social. Êsse inciso refere-se à propaganda ou à posse de boletins, panfletos ou quaisquer outras publicações.

A lei enumera taxativamente os casos de extinção de punibilidade. Em nenhum dêles se enquadra a hipótese dos autos. Só poderia alcançá-la a retroatividade da lei que não mais considerasse o fato como criminoso. Mas a lei que serviu de base à condenação continúa em pleno vigor, não se tendo operado em relação a ela nenhuma das formas de revogação do direito.

JOSÉ DUARTE, sempre propenso a acolher as sugestões da realidade em face dos fenômenos jurídicos, salienta que na linguagem técnico-jurídica se considera extintiva a punibilidade, quando conservando a ação ou a sua condenação, eficácia intrínseca, surgem causas externas e fora do fato criminoso, que impedem o ulterior desenvolvimento da ação e regras especiais, estranhas aos elementos constitutivos e acessórios do crime, ao ordenamento jurídico, por certas contingências, julga oportuno cancelar o exercício de ação ou deixar inexequível a condenação. (*Tratado de Direito Penal, Da ação penal*, pág. 119).

O pensamento do douto tratadista tem de ser entendido na hipótese de ocorrerem causas permanentes e contínuas, contendo eficácia jurídica capaz de obstar a exequibilidade da sentença condenatória.

Prevalece na doutrina o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO, ao tratar dos casos de revogação de direitos e reportando-se às lições de JAVEIS e COVIELLO:

“Cessam a regra geral e as exceções respectivas quando desaparece o instituto jurídico a que se referem ou torna impossível um fato que era pressuposto necessário da lei. (*Hermenêutica e aplicação do direito*, número 449).

requereu fossem excluídos do processo quarenta e três indiciados, de molde a prosseguir êle contra dez outros, sete dos quais foram absolvidos, vindo, finalmente, a ser condenados os três exilados drs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO.

3. O desfecho, que assim teve o processo n. 1.142 do Tribunal de Segurança Nacional, pôs em singular relêvo o propósito, que o animou. O grande jornal *O Estado de São Paulo*, de imperecível tradição na imprensa brasileira, que JÚLIO MESQUITA dirigiu, com sereno desassombro e o mais alto sentimento patriótico, constituía fortaleza da opinião pública, que a ditadura fascista, implantada em 1937, insistia em tomar. Para tal resultado, arquitetou-se, policialmente, o movimento conspiratório de março de 1940. Nenhuma conspiração, sabidamente, existia. Cumpria inventá-la. Inventou-se. Prisões. Simulou-se apreensão de armas de guerra no edifício do *O Estado de São Paulo*. Promoveu-se escândalo de publicidade. Não se apurou que, no movimento, estivesse envolvido, ao menos, um soldado

Alegam os ilustres impetrantes que tendo sido a condenação motivada por ataques ao regime e havendo desaparecido os obstáculos à livre manifestação do pensamento, impõe-se a decretação da inexecutabilidade da sentença.

Como já ficou acentuado, a lei, que serviu de base à condenação, não foi de qualquer modo derogada, bem assim continuam vigentes as outras leis coercitivas de atividades consideradas subversivas.

É evidente que a administração pública entendeu conveniente não tornar executáveis no momento certos dispositivos referentes à liberdade de opinião, mas pode depois variar de compreensão e já se anuncia o restabelecimento da censura prévia dos jornais em alguns Estados.

Não me parece consentâneo com os preceitos jurídicos a anulação de sentença condenatória proferida por tribunal competente somente porque a autoridade policial tem intermitências de conduta na aplicação de medidas restritivas da liberdade de opinião.

Quanto ao outro ponto do pedido, pode nela deter-se o julgador, sem os embaraços opostos ao anterior.

A história da citação por edital no direito judiciário penal brasileiro mostra que só em circunstâncias excepcionais tem ela de ser admitida.

Não a inscreveu o antigo Código do Processo Criminal. Em substancial análise deu o insigne JOÃO MENDES as razões dessa exclusão, concluindo com CÂNDIDO MENDES que em forma de defesa, nula será **ab initio** a ação criminal intentada contra réu citado por edital.

Códigos estaduais, em consonância com o regime vigente sobre a elaboração do direito processual, consignaram essa forma de citação e a jurisprudência a consagrou em julgamentos pelo júri e em processos de marcha especial. Inseriu-a em termos claros o atual Código de Processo Penal.

Dominou entretanto sempre o princípio de delimitação dessa forma de citação, aplicada a casos em que o réu não é encontrado ou se oculta ou é incerta a pessoa que tiver de ser citada.

Não podia a justiça ficar tolhida na sua ação corretiva.

da Fôrça Policial de São Paulo ou do Exército Nacional. Impossível era, portanto, sem o auxílio de fôrças militares, derribar os poderes constituídos. Isso mesmo, de resto, o reconheceu e proclamou a Procuradoria, em termos que não perdem em ser relembrados, antes convém reproduzir para que bem se aquilate a violência, que aos pacientes se fez, e são êstes:

“No apenso II, figuram inúmeros manifestos de autoria dos drs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA e OCTAVIO MANGABEIRA, apreendidos na Censura Postal, bem assim os envelopes que continham êsses manifestos, sendo de notar que os envelopes enviados pelo acusado dr. ARMANDO DE SALLES contêm, impressos, o nome de uma casa comercial, ou suposta casa comercial, estabelecida na República Argentina, meio de que se utilizava o remetente ora acusado, que, na sua santa ingenuidade, supunha ludibriar a ação policial.

“Quanto aos manifestos impressos sob o título *A Nação Brasileira*, de autoria do acusado dr. OCTAVIO MANGABEIRA, endereçados a várias pessoas, verifica-se, pelos envelopes apreendidos, que eram

BENTO DE FARIA, sempre claro, acentúa:

“A citação por edital tem lugar não somente quando ocorre a incerteza sobre o lugar onde se encontra o acusado, como também quando o mesmo se oculta ou dificulta o seu encontro” (Código de Processo Penal, vol. 1.º, pág. 407).

O respeito pelas fôrmas de citação obedece ao princípio universal do direito de defesa. Sacrossanto, qualificaram-no MANZINI, GABRIELLI e CONSENTINO.

Não é só o interesse público que está em jôgo, mas caracterizadamente o interesse do imputado.

Assertou com precisão o Professor VINCENZO MANZINI:

“Assume piu spicatto rilievo il nesso de relazione tra la sanzione e l'interesse dello Stato alla presenza del citato, e, come abbiamo già avvertito, nei riguardi dell'imputato” (Citazione penale, no Nuovo Digesto italiano, vol. 3.º, pág. 178).

O Decreto-lei n.º 474, de 8 de junho de 1938, que dispõe sobre o processo dos crimes de competência do Tribunal de Segurança Nacional, prescreve no parágrafo único do artigo 4.º:

“A citação será feita pessoalmente se o réu estiver prêso, ou quando solto ou foragido, por edital afixado à porta do Tribunal.”

O processo a que responderam e em que foram condenadas as pessoas visadas no pedido obedeceu a êsse dispositivo.

Mas em tôda a evidência não podia ser êle aplicado à hipótese dos autos.

A lei distingue a situação dos réus: soltos ou foragidos.

Estariam soltos os condenados no presente processo? Parece-me irreterquível a negativa. Não se achavam êles na situação de plena liberdade nos seus movimentos, podendo regressar ao país sem qualquer risco, hipótese que a lei caracteriza ao usar da locução empregada. Foragidos? Muito menos. Na técnica jurídica, o termo abrange os que fogem deliberadamente, para se subtraírem à ação da justiça.

Achavam-se êles exilados, por determinação da autoridade, em razão de acontecimentos políticos nos quais se haviam envolvido e em lugar certo

precedentes da República Francêsa, onde se encontra o acusado como exilado político, por inconveniente aos interesses de sua Pátria.

“Existe ainda no apenso II, um livro de autoria do dr. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, habilmente disfarçado com o título — *Historia de la Australia, Obra premiada por la Sociedad Britanica de Historia Colonial*, cujo livro, na realidade, contém 20 manifestos de sua lavra, sob o título — *Diagrâma de uma situação política* (Carta aos Brasileiros).

“Idênticos exemplares já constam dos diversos volumes dêste processo, apreendidos, em grande escala, pela Censura Postal de São Paulo.

“Eis em traços largos o modo pelo qual os acusados drs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA e OCTAVIO MANGABEIRA dão expansão aos seus designios subversivos.

“Frustradas as esperanças de governarem o Brasil, perdida a compostura que deviam manter nos países de asilo, êsses maus bra-

e sabido. Não há como confundir essa situação perfeitamente configurada na prova dos autos, com as situações que a citada lei precisa.

A hipótese dos autos é de delito político por manifestação de opinião. Quando tais delitos se restringem a êsse aspecto, não revestem em regra caráter odioso. Não há neles a nódoa de sangue nem o mercenarismo que disfarça ou avilta supostas ideologias.

Já FERRI na Relação do projeto de 1921 ressaltava que o elemento decisivo é sempre o psicológico e pessoal dos motivos determinantes dos autores do delito, entendendo com estas expressões os motivos e os escopos superiores e diversos dos motivos de vantagens egoísticas e pessoais.

Como recorda ALTAVILLA, êsse conceito não é monopólio da Escola positiva, pois MANZINI a êle se associa expressamente.

Embora o julgamento pelo tribunal especial seja feito por livre convicção, a citação em fórmula regular proporcionaria ao julgador elementos mais amplos e eficazes, pelos recursos de que os acusados deveriam dispor em defesa própria, articulada de modo direto, e não por via de defensor de ofício, nem sempre apto a apreender todos os aspectos do caso, e a pôr no devido relêvo os motivos da atitude incriminada.

A observância da citação por edital no caso presente opõem-se assim princípios tradicionais de direito e os dizeres expressos do próprio texto aplicado.

Aliás, como o lembrou a petição, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, já deu ao parágrafo único do art. 4.º do Decreto-lei número 474, de 1938, a interpretação exata. No habeas-corpus n. 28.872, de Sergipe, de que foi relator o eminente Sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO, êste tribunal concedeu a medida liberatória, por entender que o paciente não se achando rigorosamente sôlto nem foragido, não podia ficar compreendido na forma da citação prevista no citado dispositivo.

Nestes têrmos, considerando nulo o processo e em consequência a sentença condenatória imposta aos Drs. ARMANDO DE SALES E OLIVEIRA, OTÁVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, por preterição de

sileiros, ora acusados, estão grandemente comprometidos na odiosa propaganda de caráter subsersivo contra o govêrno de sua Pátria.

“E’ profundamente lamentável o que ocorre com êsses acusados e seu companheiro de empreitada, dr. PAULO NOGUEIRA FILHO, já focalizado por esta Procuradoria, no início da presente classificação de delicto.

“Os seus atos alarmam uma sociedade inteira e por isso mesmo devem ser conhecidos e proclamados como um exemplo perigoso às gerações que vão surgindo.

“Por tudo quanto fica exposto e mais pelo estudo atento de todas as peças do processo, como sejam: buscas e apreensões, várias publicações de caráter subversivo, declarações de acusados, depoimentos de testemunhas e, ainda, pelas circunstâncias em que foram apurados os fatos, chega-se à prova, sem dúvida possível de ser aceita, de que os delinquentes focalizados por esta Procuradoria, se bem que não concertassem declaradamente nenhum plano re-

formalidade substancial, que importou no cerceamento do direito de defesa, meu voto é pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Filadelfo Azevedo — Da tradição de nosso direito é que o ausente do distrito da culpa pode ser citado por editais, quer diante da Ordenação, quer do Código de 1832, a despeito da reserva de JOÃO MENDES, segundo a praxe atestada por GALDINO DE SIQUEIRA (§ 161), PIMENTA BUENO (n.º 180) e PAULA PESSOA (nota n.º 2.727) e reiterada pelos Códigos estaduais de Processo Penal, especialmente o dêste Distrito.

Quando da primeira lei de segurança, votada pelo Congresso em 1935, se dispôs que, não encontrado o acusado, seria citado por editais com dez dias de prazo (n.º 38, art. 38, b), regra mantida, com redução para oito dias, no Decreto n.º 244, de 1936; no Decreto-lei n.º 474, de 8 de junho de 1938, se declarou, porém, que a citação seria feita pessoalmente se o réu estivesse prêso e por edital afixado na porta, quando sôlto ou foragido.

O próprio Tribunal de Segurança não aplicou porém, o texto ao pé da letra. (CASTELO BRANCO — Anotações — Pág. 257) e esta Côrte, ainda há pouco, anulou processo, por falta de citação pessoal, quando demonstrada a forçosa mudança do réu em época anterior.

Assim, o réu deve ser citado pessoalmente, quando demonstrada a forçosa mudança do réu em época anterior.

Assim, o réu deve ser citado pessoalmente, salvo ausente do distrito da culpa ou foragido; a mudança posterior ao crime, sem razão fundada, não pode, por isso, trazer vantagem, especialmente quando para o estrangeiro.

Se do delicto é praticado, porém, já ao tempo da ausência do País, exigir-se-à citação pessoal, mediante rogatória, a que se refere, aliás, o novo Código de Processo Penal (art. 367), quando o lugar for sabido?

Penso que sim, salvo em relação a crimes políticos, em que as rogatórias não seriam cumpridas a pari, do que aconteceria entre nós, ligadas como se acham aos princípios que regem a extradição (art. 784, § 1.º) e muito menos a publicação de editais no estrangeiro.

volucionário, pelo menos desta vez, praticaram, contudo, uma série de delitos individuais contra os poderes constituídos.

“Narrados por esta Procuradoria, com perfeita exatidão, os successos largamente debatidos pelas autoridades policiais que procederam às diligências, salvando, sem dúvida, ao órgão do Ministério Público, o direito de orientar-se em face das provas que os autos oferecem, devemos acentuar aqui, desde já, que o número dos indicados, de que nos dão notícia os autos, terá de ficar reduzido ao mínimo, como consequência imediata e lógica da inocência da maioria dos acusados.

“Nessas condições, a classificação do delito, pois, passa a ser feita por esta Procuradoria, tendo em vista, não os atos inequívocos, acaso idealizados ou praticados pelos delinquentes, mas os crimes políticos bem caracterizados nas provas dos autos, isto é, crimes formais, que se consumam com a prática do ato incriminado, independente das suas consequências.

Quando hoje o Estado, abandonando o velho princípio da territorialidade da lei penal, reprime atos praticados extra fronteiras, fá-lo ainda com o interesse declarado de seu processo imediato, ainda que à revelia ou por contumácia.

No regime do Código Penal de 1890, a punição só se daria, nos casos excepcionais, quando o criminoso viesse ao Brasil, espontaneamente ou por extradição.

Já, em 1911, a Lei de Extradição n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, permitia o processo até pronúncia, inclusive, dos brasileiros, ainda que ausentes da República, que perpetrassem em território estrangeiro, entre outros crimes contra a independência, integridade e dignidade da pátria, ficando o julgamento, todavia, adiado (art. 13).

A nova lei de extradição foi além, seguindo exemplos estrangeiros, para ordenar o processo e julgamento de brasileiros e estrangeiros, ainda ausentes do país, que, em território estrangeiro, praticassem ditos delitos.

O Código Penal de 1942 destacou nos arts. 4.º e 5.º, as duas hipóteses: a de crimes previstos praticados ou cometidos por brasileiros, quando entrassem os réus no território nacional e a de crimes cometidos no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado, os quais serão punidos sem dependência das condições postas no primeiro caso, e bem assim contidos no n.º I do art. 5.º.

Ora, na espécie, tanto o delito em foco fôsse considerado como aqui praticado ou no estrangeiro, ou, ainda na situação a que se refere o art. 4.º, isto é, de produzir resultado no país, a incerteza do lugar em que fôsem os réus encontrados, tendo variado, até de país, e a impossibilidade de rogatória, justificariam a citação edital, segundo a letra e o sentido do art. 4.º do Código Penal e da Lei n.º 394, conforme, aliás, desenvolvei, a propósito da ação penal derivada de notícias injuriosas insertas em jornais estrangeiros (Rec. Ext. n.º 7.475).

A meu ver improcede, assim, o primeiro fundamento do pedido e bem assim, o segundo, eis que só a alteração de direito objetivo poderia influir sobre a coisa julgada, para tornar a condenação inócua, e não a mera mu-

“E sem que imponha a necessidade de fazer maiores apreciações sôbre o ocorrido, é procedida a classificação do delito:

1. Dr. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, qualificado indiretamente a fls. 490, incurso nos incisos 9 e 13 do art. 3 do decreto-lei n. 431, de 18 de maio de 1938, combinado com o art. 5, n. II, letra “b”, da consolidação das leis penais;

2. Dr. OCTAVIO MANGABEIRA, não qualificado, incurso no inciso 9, artigo 3, do decreto-lei acima citado, combinado com o art. 5, n. II, letra “b”, da consolidação das leis penais;

3. Dr. PAULO NOGUEIRA FILHO, qualificado indiretamente a fls. 490, idem, idem.”

Minguou, como bem se vê, a acusação policial: o crime coletivo, que a Superintendência de Segurança Política e Social de São Paulo urdira, afim de se apropriar o govêrno do *O Estado de S. Paulo*, reduziu-se a crimes individuais, pois que nenhum plano verdadeiramente revolucionário tinha sido elaborado. E da dezena de acusa-

dança de fatos ou atitudes, muito menos para ser examinada a espécie por *habeas-corpus*.

Todavia, conhecendo da hipótese, formei convicção no sentido de que o fato gerador da condenação não constituiria o delito imputado ou que, pelo menos, a sentença condenatória não teria fundamentação necessária, o que me levará a reconhecer sua nulidade.

Ao tempo da Constituição de 1934, respeitada a liberdade na manifestação de pensamento, sem dependência de censura, salvo em espetáculos públicos era proibida a

“propaganda de guerra, ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social”.

O Congresso, ao votar a lei de 1935, teve de enxertar um princípio mitigador da incriminação dessa propaganda, dizendo no art. 48:

“a exposição e a crítica da doutrina feitas sem propaganda de guerra ou de processo violento para subverter a ordem política ou social não motivarão nenhuma das sanções previstas nesta lei”.

Logo a seguir, porém, a mesma Câmara, a despeito de vários protestos, revogou expressamente êsse texto, no art. 19 da Lei n.º 136, de 1935.

Sem dúvida que a medida era formalmente inconstitucional, mas, em verdade, a supressão do explicativo não alteraria a substância da lei — a propaganda doutrinária continuaria lícita.

Ora o Decreto-lei n.º 431, de 1938, aplicado aos pacientes, não alterou o texto anterior punindo a propaganda com o fim de

“atentar contra a segurança do Estado ou modificar por meios não permitidos em lei a ordem política ou social”.

Não haveria como estabelecer distinção fundamental entre êsse texto e os reguladores de delitos mais graves: v. g. o da tentativa de

dos, acolhidos pela denúncia em suas malhas, apenas três, que se achavam, de há muito, sofrendo, no exílio, a pena a que o govêrno federal, arbitrária e ilegalmente, os submetera, foram condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Mostra isso o critério a que obedeceram as diligências policiais, mercê das quais, pessoas do mais alto conceito, pelas posições que ocupavam, e ainda ocupam, em São Paulo, a despeito de sua inocência, foram presas e processadas, por envolvidas em movimento conspiratório, absolutamente inexistente. Mas urgia, entretanto, que o grande processo, em tórno do qual se fez o maior estardalhaço, não terminasse, ao menos, sem a condenação de três cidadãos expatriados, cheios de serviços ao país e indefesos.

CAPÍTULO II

A nulidade do processo e da sentença condenatória.

4. Proferindo sentença, em primeira instância, o juiz ANTONIO PEREIRA BRAGA, que é jurista, suspendeu o julgamento dos acusados

“mudar por meios violentos a Constituição, no todo ou em parte, e a forma de govêrno por ela estabelecida”.

Bastaria a definição de ordem política, fixada no art. 22, § 1.º, da Lei de 38:

“A ordem política é a que resulta da independência, soberania e integridade da União, bem como da organização e atividade dos poderes políticos estabelecidos na Constituição da República, nas dos Estados e nas leis orgânicas respectivas”.

Assim, para a condenação de alguém à sombra do art. 3, n.º 9 da Lei número 431, seria preciso demonstrar-se não só a propaganda, como o intuito ofensivo à ordem política, por meios violentos ou ilegítimos.

Assim, sem apreciar, no tocante, à propaganda, a necessária publicidade, e, em geral, a idoneidade do meio usado, a apuração do dolo, por não bastante a simples culpa, ainda que gerada, v. g. por excitação algo imprudente, e até a própria autoria, não digo dos escritos, mas, o que é mais importante, da sua divulgação autônoma, não em ato público, mas, diretamente, com a remessa a certas pessoas, circunstâncias, aliás, posta em dúvida pelo Juiz PEREIRA BRAGA, e afinal constituindo matéria de fato, estranha ao **habeas-corpus**, teríamos, ao menos, de procurar o segundo elemento da figura criminal proferida.

No acórdam recorrido há referência à linguagem desrespeitosa aos poderes públicos e a seus agentes, como a indisposição das forças armadas com a ordem política do país e a própria provocação, quanto ao terceiro paciente, em cartas particulares, a amigos, para concêrto da futura ação direta, mas nenhum desses fatos, capitulados em textos autônomos, determinou aplicação de pena, assim teriam de ser afastados.

Seria, antes, preciso acentuar que os escritos tivessem por fim ofender a segurança do Estado ou modificar, por meios não permitidos em lei, a ordem política.

drs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, sob o fundamento de que se achavam ausentes do país e, assim, sòmente poderiam ser julgados quando a êle regressassem. Não podia, realmente, ser de outro modo, tanto mais quanto êles se achavam, e ainda agora se encontram, fóra do Brasil, contra suas vontades e interêsses, pois que, sabidamente, foram expatriados por ordem do sr. presidente da República, nos últimos dias de novembro de 1938. Acolhidos pela França, permaneceram em Paris até que, impelidos pelas ameaças da guerra, que afinal estalou, se transferiram para Nova York, de onde se transportaram os drs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO para a grande capital argentina, Buenos Aires, que elegeram para lugar de seus domicílios de exilados. Ali, como em Nova York, permaneceram os três grandes brasileiros cumprindo pena de tempo indeterminado, sob as vistas de polícias especiais, instituídas pelo govêrno que os deportou.

Sem dúvida, o V. acórdão declara que

“as cartas e manifestos constituem matéria de propaganda contrária ao regime, cuja mudança, por meios não permitidos em lei propugnava abertamente”

ou envolviam:

“ação dissolvente”;

“propaganda subversiva da Constituição”; “atentado contra a ordem constitucional”.

Também aludiu o aresto ao pleiteado, embora impossível, apoio das classes armadas, e à viável colaboração de antigos correligionários, que, entretanto, não se manifestaram até hoje, passados cinco anos, demonstrando, assim, a absoluta ineficácia de meios.

Mas, aquelas expressões da sentença não caracterizariam suficientemente o objetivo de alteração da ordem política, devendo mencionar quais os meios, as fórmulas, os planos propostos para atingir aquêle resultado.

É possível que das cartas e manifestos isso constasse, e até outros propósitos, não próprioamente dirigidos contra a ordem política, mas de caráter pessoal; tudo, porém, teria de ser especificado e não apenas referido em frases vagas, como as que acabamos de citar.

Poderia, por outro lado, faltar o animus necessário, envolvendo os documentos apenas a expansão de sentimentos dos que se viram contrariados em atitudes políticas ou obrigados a uma expatriação penosa e prolongada, como bem acentua a petição inicial.

Não conheço o teor dos documentos, mas não importaria fazer em *habeas-corpus* o exame de seu conteúdo, tarefa que caberia aos juizes de mérito.

Se envolvessem mera expansão de sentimentos pessoais ou de críticas, ainda que vivas, à nova ordem de coisas, não poderiam, ao menos por extensão ou interferência, justificar a aplicação da lei penal, pois a cláusula explicativa da Lei n.º 38 continuaria, a meu ver, implícita em face da própria Constituição de 1937 e na ausência de texto expresso em contrário não

5. Que se acham os três, e ademais dêles outros cidadãos brasileiros exilados por ato do governo, e entre êles PAULO DUARTE, com êles deportado em 1938, mais LUIZ PIZA SOBRINHO, estando êste em Buenos Aires e aquêle em Nova York, não há duvidar. E' público e notório. Tempo houve em que o governo da República, expatriando os seus desafetos, assumia a responsabilidade de seus atos, expedindo decretos determinantes de tal medida. Foi no em que ocupou a presidência o Marechal FLORIANO PEIXOTO. No regime fascista, implantado em 1937, atos de tal porte se praticavam, e praticaram-se, clandestinamente. Foram todos intimados, verbalmente, pela Superintendência de Segurança Política e Social, a retirarem-se do país, dentro de prazo exiguo. Tal como na Itália mussoliniãna. No caso, porém, prova existe do expatriamento dos pacientes.

No tópico, já transcrito, da denúncia do Sr. Procurador-adjunto ao Tribunal de Segurança Nacional, afirmou êle, quanto ao Dr. OCTAVIO MANGABEIRA, que êste se encontrava na República Francesa, "como exilado, por inconveniente aos interesses da sua Pátria",

bastando para afastá-lo o raciocínio indireto, decorrente de supressão, ainda que intencional do proceito em plena vigência do pacto de 16 de julho.

Ao revés, o texto de 10 de novembro manteve a livre manifestação do pensamento, salvo limites prescritos em lei, que poderia adotar a censura da imprensa, do teatro, do cinematógrafo e da radiodifusão, mas somente no estado de emergência, excepcionalmente estender a censura à correspondência e a tôdas as comunicações orais e escritas.

Assim, e ao menos até a adoção de texto expresso, não verificada, a exposição e crítica de doutrina, ainda que de caráter político, ou através mesmo de processos permitidos na Constituição, que continha fórmula para receber modificações oportunas, além de um referendum popular, não poderiam em princípio, constituir atos criminosos; seria preciso que se demonstrasse abuso ou excesso, precisando-se qual a ofensa à ordem política e como deveria ser ilegitimamente alcançada através da propaganda enxergada na remessa de cópias de documentos. Os delitos de opinião de qualquer modo, exigem interpretação restrita, quando não afetam a integridade do país.

Pelo exposto, por ora considero apenas não fundamentado o acórdão do Egrégio Tribunal de Segurança Nacional e, de acórdo com os precedentes por mim várias vezes apoiados, tenho a condenação por nula e, assim, concedo a ordem impetrada.

VOTO

O Sr. Ministro Goulart de Oliveira: — O pedido assenta em dois fundamentos básicos: — 1.º) — A nulidade do processo e sentença — 2.º) — A injustiça, e inexecuibilidade da sentença.

Começarei pelo 2.º) — Os impetrantes procuram dar relêvo a um problema de vigência de leis, e dêle tirar efeito, a meu vêr, sem apôio legal, sem apôio doutrinário, e até certo ponto subversivo.

Não cabe na esfera do *habeas-corpus* indagar da justiça ou injustiça do julgamento e acreditamos que a asseveração nêsse sentido haja sido feita

e, quanto aos três, censurou-os por haverem perdido a “composura que deviam manter nos países de asilo”.

Eis, pois, comprovado o exílio forçado dos três cidadãos brasileiros.

6. Expatriados, com residências conhecidas em Nova York e em Buenos Aires, facilmente teriam sido citados, se houvesse o propósito de assegurar-lhes o direito de defesa, para que a apresentassem no processo que se lhes intentou, e foi o de n. 1.142, perante o Tribunal de Segurança Nacional. Bem e avisadamente agiu, desarte, o juiz de primeira instância, suspendendo o julgamento dos acusados até que retornassem ao país. Divergiu, porém, aquêlê Tribunal e, pelo acórdão proferido, em 3 de setembro de 1940, na apelação n. 565, decidiu que voltassem os autos à instância primeira, para que fôsse julgados os três exilados políticos.

E assim decidiu,

“considerando que o Meritíssimo Juiz da 1.^a Instância, prolator da sentença apelada, suspendeu o julgamento dos acusados ARMANDO

apenas como ressalt e moldura ao quadro esboçado, em seguida, com os retraços e tintas de inexecuibilidade da sentença proferida.

Convém os impetrantes em que o Tribunal de Segurança — tribunal político — cujos juizes podiam julgar por sua íntima e secreta convicção — diviso no caso a prática do crime político — e condenou os pacientes.

Convêm igualmente em que há mudança da ordem política — que preconizam — porque se abriu o debate em tórno do sistema político e administrativo do país.

E com isso, se tornou repugnante ao sentimento de justiça, ofensivo à equidade, que se considere agora, crime o praticado pelos pacientes, quando outros podem fazer o mesmo que êles fizeram...

Transformada a ordem política os mesmos atos que se reputavam antes criminosos, transformaram os delinqüentes, em beneméritos, senão em heróis.

As afirmações com o seu cunho de verdade alicerçada na experiência e na tradição histórica não refletem, entretanto, o momento histórico.

Firmada a petição do remédio buscado por homens do Direito, educados no respeito às leis, o seu subconsciente revelou-lhes a convicção: “Em vigor técnico a lei sômente por outra lei se revoga ou derroga. — 19 — A citação de HAUS — (lê — fls. 3).

Não há fazer desaparecer a força obrigatória dos textos legais com o fato de se haver legislado torrencionalmente, em enxames, nem porque haja leis que não chegaram a ter aplicação nem ainda porque há leis dispares da consciência do maior número!...

A invocação de BINDING não aproveita a hipótese...

O desuso do texto não importa por si na sua abrogação... O autor fala da impotência do legislador para conservar a lei.

A mudança da ordem política preciso é se realize efetivamente e se sancione pelos processos resultantes da tradição histórica: legitimidade da origem e consumação do fato.

DE SALES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, sob o fundamento de que se acham ausentes da República, e, assim, só poderão ser julgados quando regressarem ao país, conforme a interpretação que a mesma sentença deu ao art. 5, § 1.º, da consolidação das leis penais; mas,

“considerando que, na justiça especial, o caso é regido, não pela referida consolidação, mas pelo decreto-lei n. 474, de 8 de junho de 1938, cujo art. 4, § único, só exige a citação pessoal para os réus presos, determinando em relação aos demais — soltos ou foragidos — que se a faça por edital afixado à porta do Tribunal;

“considerando que, por força do mesmo decreto-lei, entre os réus soltos, o Tribunal tem entendido que se encontram os ausentes em países estrangeiros, e, assim, os tem julgado, independentemente de seu regresso ao Brasil;

“considerando que essa situação não traz ao réu sôlto qualquer prejuízo, de vez que pôde constituir advogado, e, se o não fizer, não poderá o juiz julgá-lo, sem lhe nomear defensor;

Se os próprios fenômenos de fato, resultados das revoluções vitoriosas têm sagrado definitivamente o respeito às situações discricionárias dos ditadores, predominando sôbre tudo a razão do interesse público como suprema legitimação dos seus atos, como exigir do Juiz a decretação de inexistência de sentença passada em julgado, proferida por Tribunal competente, calçada em lei em plena vigência, ao tempo da condenação, como ao tempo da provocação do remédio extraordinário?

Cabe *habeas-corpus*, na verdade, quando o fato por que hajam sido condenados os pacientes não constitua crime. Os impetrantes fazem decorrer essa asserção da afirmação da mudança da ordem política — de que resultou não se considerar agora crime aquilo por que foram condenados os pacientes.

A lei em que incidiram êles, na convicção dos juizes que os julgaram, dentro da sua competência, não foi revogada por outra lei. Permanece em inteiro vigor.

Este Tribunal é chamado, assim, a decretar por um aresto seu fatos que excedem à sua competência: — a mudança da ordem política nacional e a conseqüente impunidade dos réus de crimes que essa mudança porventura venha acarretar.

Daí considerar eu subversiva a proposição.

Quanto ao 1.º argumento, já deixei manifestada a minha opinião. Não tomei parte no julgamento de que se fez menção. Nêle se declara que o Sr. Ministro CASTRO NUNES e eu não estávamos presentes. Foi o caso que teve como relator o Sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO e que teve a solução apontada. Entretanto, no julgamento de hoje, de que fui relator, manifestei a solução que teria dado, se estivesse presente, naquêlo outro.

Em relação a esta conclusão que adotei, no ponto abordado, que reveste até certa altura, no primeiro fundamento do atual pedido de *habeas-corpus*, já ficou manifestada a minha opinião, que completo, agora: ou se considera o delicto praticado dentro do Brasil — e — neste caso, a solução seria aquela que dei no *habeas-corpus* de que fui relator — ou se terão considerado os pacientes dêste processo como tendo ultimado o crime fora do país, e, neste caso, não se poderia, na situação em que se achavam, considerá-los

“considerando que aos réus ausentes foi dado advogado”.
Tornou-se o processo, dessarte, radicalmente nulo.

7. Era indispensável a citação pessoal dos acusados, porque êles não se encontravam, absolutamente, na situação prevista no § único do art. 4 do decreto-lei n. 474, de 8 de junho de 1938. “A citação”, nêle se lê, “a citação será feita pessoalmente, se o réu estiver prêso, ou, quando sólto ou foragido, por edital afixado à porta do Tribunal”. Soltos, evidentemente não se achavam. Tem o vocábulo sentido próprio. Refere-se aos acusados que se podem locomover livremente, sem coação de nenhuma espécie, e livres de qualquer violência ou arbítrio; mas, entenda-se bem, dentro do território nacional. Exilados e impossibilitados, ao tempo, de regressarem a seus lares e afazeres, porque dêles violentamente expulsos por determinação do Presidente da República, não poderiam considerar-se soltos, no verdadeiro sentido da palavra. Exprime os que se achem livres de prisão, de cadeia. Os que não estão sujeitos a nenhuma pena, ou constrangimento em sua liberdade. Podiam ha-

rêus foragidos, e, então, a solução, ainda assim, seria a de concessão da ordem, na forma do voto do Sr. Ministro Relator.

Concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Waldemar Falcão — Sr. Presidente, invocando o art. 643, ns. VI e VII, do vigente Código de Processo Penal, dois são os fundamentos principais do presente pedido de habeas-corpus: é um dêles a extinção da punibilidade em que foram considerados incursos os pacientes; é o outro, o fato de estar nulo o processo por lhe faltar um termo substancial, ou fôsse a citação dos acusados.

Examinarei em primeiro lugar o fundamento relativo à extinção da punibilidade. Repousa êle, na linguagem dos doutos impetrantes, no fato de que, alterado o panorama político do Brasil, mudada em seus lineamentos essenciais a passagem dos acontecimentos sociais, em nosso meio, estaria desaparecido claramente o motivo inspirador, estaria desaparecida, igualmente, a razão de ser, a explicação mesma da condenação sofrida pelos pacientes.

Condenados por crime político, sofreriam os pacientes, até o momento dessa mutação as condições inerentes àqueles que não inculcados de atos ou fatos julgados inconvenientes à estrutura do Estado e, por tal, passíveis de punição. Não preciso recordar ao Tribunal a complexidade do conceito de crime político; como êle se dilui, se distende, se transforma através dos tempos. E' mesmo uma contingência histórica inelutável. Seja êle encarado dentro do critério puramente subjetivo, seja êle encarado pelo chamado critério objetivo, seja ainda compreendido simultâneamente pelos dois critérios, como ainda agora, contemporâneamente se observa, êle, é, ainda assim, uma resultante, uma consequência da evolução mesma das sociedades, da transformação dos fatos políticos, da maior ou menor repercussão que êsses fatos possam ter na consciência dos legisladores.

Mas, Sr. Presidente, caberá ao Juiz, no Tribunal, caberá ao Magistrado, no Pretório, sentir essas ressonâncias dos fatos políticos, ver nos fatos, en-

ver-se como soltos cidadãos expulsos de sua Pátria, sumariamente, sem a mais mínima figura ou simulacro de processo? Se soltos, no sentido jurídico da expressão, não estavam, porque banidos do país, poder-se-iam, acaso, reputar foragidos? Não se consideraram tais os fugidos por crimes, os homisiados? Os escondidos e errantes, para escaparem à justiça? Homens dignísimos e capazes de arcar, como sempre fizeram, com as responsabilidades dos atos de suas vidas públicas, não fugiriam a elas. Não fugiram. Não se exilaram. Não eram foragidos. Mas exilados, deportados, banidos, sem culpa, nem pena!

Não podiam, em condições tais, especialísimas, ser julgados, nem processados, sem que regressassem ao seu país ou, ao menos, sem que tivessem sido citados pessoalmente, para que pudessem receber suas notas de culpas e defenderem-se cabalmente.

8. Muito não há, pois foi por acórdão de 3 de dezembro de 1944, proferido nos autos do *habeas-corpus* n. 28.872, do Estado de

tão apontados como crime e hoje apontados como atos normais, elemento capaz de afastar inteiramente a conceituação criminosa desses fatos?

Certamente essa é a função dos sociólogos, do legislador, do estadista.

Quando o nosso Código de Processo Penal e quando o nosso Código Penal admitem a abolição da pena pela extinção da punibilidade: quando, por exemplo, o nosso Código Penal, no seu art. 108, parágrafo único, prevê a possibilidade dessa exaustão do delito pela extinção dessa punibilidade, quando ainda, no art. 2.º e em seu parágrafo único, o referido Código diz:

“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os elementos penais da sentença condenatória”: quando acrescenta no parágrafo único:

“A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível”: quando assim falam as nossas leis vigentes logo se vê que constituem elas um imperativo para a consciência do julgador, eis que, em se verificando essas hipóteses, em se concretizando essas circunstâncias, ele não poderá mais condenar o acusado por um fato que se enquadra nessas provisões legais.

Mas, na presente hipótese, em que pese a argumentação tão interessante dos impetrantes, não vejo como configurar essa conjuntura legal.

Por mais que se transformem os aspectos políticos e sociais do mundo contemporâneo, ainda esses aspectos não tiveram até o presente — ao que conste ao Supremo Tribunal Federal — a ressonância capaz de objetivar uma norma legal, que se imponha à consciência do julgador como um imperativo do seu dever.

E' por essa circunstância que, não estando, a meu ver, extinta a punibilidade dos pacientes, não posso dar o *habeas-corpus* com o fundamento que em primeiro lugar abordei.

Resta examinar o segundo fundamento: a nulidade do processo por falta de um termo substancial — a citação dos acusados.

O Decreto-lei n.º 474, de 8 de junho de 1938, em seu art. 4.º, parágrafo único, previu a hipótese da citação do acusado por edital.

Sergipe, impetrado pela advogada D^{ra}. MARIA RITA SOARES DE ANDRADE, o Egrégio Supremo Tribunal Federal houve por bem conceder a ordem, declarando nulo todo o processo em que o Tribunal de Segurança Nacional oficiou, condenando o acusado não citado pessoalmente a um ano de reclusão. “Essa penalidade”, lê-se na certidão do julgado e seu relatório, “essa penalidade foi imposta pelo Tribunal de Segurança Nacional. Mas, a sua imposição, se deu em processo radicalmente nulo, por falta de citação do paciente, que, citado fôsse, com facilidade desfaria tôda a ação”.

Dando seu voto, favorável ao recurso, salientou seu revisor, o sr. ministro LAUDO DE CAMARGO, ser certo que a lei fala em réu prêso; mas, obtemperou, “o legislador teve em vista que, nestas condições, conhecido o lugar em que se encontra o acusado, possível não seria deixar de citá-lo pessoalmente. E, nos demais casos, evitando de longas processuais, a citação por edital tudo resolveria. Ora, o convocado estava servindo em lugar certo, conhecido do comando, segundo informou, e conhecido igualmente do juiz. Estava nas

Obedecendo, em linhas gerais, à tradição do Direito brasileiro, que sempre exigiu, sobretudo em matéria penal, a citação pessoal do acusado, não poderia o legislador de exceção desprezar êsse princípio.

E, por isso mesmo, no seu art. 4.º, estabeleceu que o Juiz do feito mandará incontinenti citar os réus para defender-se e constituir advogado, dentro em 24 horas; nomeará defensor para os que o não apresentarem e concederá à defesa vista dos autos, em cartório, pelo prazo de 48 horas.

E acrescentou, no parágrafo único:

“A citação serão feita pessoalmente se o réu estiver prêso ou, quando solto ou foragido, por edital afixado à porta do Tribunal”.

Vê-se que abraçou o Decreto-lei n.º 474, de 1938, essa alteração que já se vinha notando no Direito Processual Penal, no sentido de admitir e acolher a possibilidade de citação edital de acusado, hipótese que, anteriormente, na vigência do velho Direito Processual Criminal do Império, não era admitida.

Foi por isso que se imaginou, no presente caso, ser perfeitamente legal a citação edital dos acusados no processo.

Mas, estariam êles enquadrados na hipótese prevista pelo legista de exceção?

Seriam êles réus soltos ou foragidos? Ou estariam êles numa situação especial, que demandaria uma forma diferente de citação, de acôrdo com a tradição mesma, com a fisionomia característica do Direito Processual Penal brasileiro?

Vê-se do processo, lê-se na denúncia mesma do Procurador do Tribunal de Segurança Nacional, que os acusados teriam praticado o delito, de que são inculpados, precisamente por se acharem exilados do seu país e à sombra do asilo que lhes teriam concedido outras nações.

Nestas circunstâncias excepcionais de sua vida de homens públicos, êles teriam sido levados a propagar idéias, a divulgar conceitos, a distribuir panfletos, que importariam em subversão da ordem constitucional vigente do Brasil.

mesmas condições daquêle que estivesse prêso, para gosar da medida, dadas as restrições com que contava. Não se deve interpretar a lei contra a sua finalidade e o seu espirito. E o espirito do texto do § único do rt. 4.º do decreto-lei n. 434, de 33, está a mostrá-lo com clareza”. Assim argumentou o grande juiz. Não viu “como dispensar a citação pessoal de quem de plena liberdade não contava. A falta de citação viciou, pois, de nulidade o processo e acarretou prejuízo à defesa, conforme alegação feita”. E deferiu o pedido. No mesmo sentido manifestou-se o sr. ministro OROZIMBO NONATO. A seu crer, o relator “interpretou muito bem o dispositivo que permite a citação por éditos, mas de réu sôlto ou foragido. Foragido, não estava o réu, no caso presente; é exato, também, que não era encarcerado, mas estava em situação idêntica, para o efeito de se defender em processo”. No mesmo ponto de vista se colocou o sr. ministro BENTO DE FARIA.

E a ordem de *habeas-corporis* foi unânimemente concedida, impedido o sr. ministro BARROS BARRETO, ausentes os srs. ministros

Logo, da própria descrição do delito feita pelo representante do Ministério Público no Tribunal de Segurança Nacional se vê que é da essência mesmo do crime inculcado aos pacientes a sua ausência, dêles acusados, do país; e, da circunstância da ausência, surgiu a possibilidade de, da própria terra estrangeira, terem querido insinuar entre concidadões seus a alteração da estrutura mesma do Estado Nacional, vale dizer, do regime político de seu país.

Ora, se assim era; se assim entendia o Ministério Público; se êle sabia que não estavam os pacientes perambulando livremente no país, e que, ao invés, estavam êles compelidos a uma situação outra, que não a de sua existência normal; e se era sabido, até mesmo pela colheita dos elementos informativos do crime, o ponto exato do território estrangeiro onde se encontravam os acusados e de onde teriam partido os papéis subversivos, tudo indicava a conveniência de ser observado êsse mandamento legal do Direito Brasileiro: a citação pessoal do acusado, mandamento que domina principalmente no Direito Penal, e que não pode ser postergado de modo nenhum quando se imputa ao cidadão uma acusação que dá azo a uma consequência punitiva.

Trata-se, pois, de uma preceituação que não pode ser abalada, quando se trata de liberdade individual.

Foi êsse mandamento que não foi observado.

E não o foi, porque a citação edital foi posta em prática numa circunstância de que, dispondo o Regimento do Tribunal de Segurança Nacional, que se daria o prazo de 48 horas para a citação-edital, não se poderia, de modo algum, admitir a hipótese de que cidadãos brasileiros, ausentes do seu país compulsoriamente, pudessem acorrer ao chamamento a Juízo e viessem aqui defender os seus direitos, em tão estrito prazo.

E', pois, dentro dessa convicção que eu, ainda, me permito recordar que se bem não fôsse rigorosamente igual, à hipótese ventilada na petição do *habeas-corporis* ora em aprêço, se bem que não seja êste caso idêntico ao que se julgou, aqui, no Tribunal, de referência ao *habeas-corporis* n.º 28.872, de Sergipe, há entre êle e o atual caso aparências e semelhanças

CASTRO NUNES e GOULART DE OLIVEIRA, sendo declarado nulo o processo, por falta de citação pessoal do acusado.

9. Nem se argumente, neste trãnze, com o preceito do art. 17 do decreto-lei n. 394, de 28 de abril de 1938, de poderem ser processados e julgados, ainda que ausentes, brasileiros e estrangeiros que, em território estrangeiro, perpetrem crimes contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições; e contra a economia popular. Não se argumente com êle, por duas razões. A primeira é a de não dispensar a ausência, no sistema do direito brasileiro, a citação do acusado, que importaria em cercear-lhe, senão em sacrificar-lhe a defesa, tornando-a quiçá impossível. A segunda é a de ter sido aquêle preceito derogado pelo do art. 4.º, § único do decreto-lei n. 474, de 8 de junho de 1938, a que o Egrégio Supremo Tribunal Federal emprestou singular relevância no acórdão de 13 de dezembro de 1944.

que o situam esta última dentro da jurisprudência adotada naquele caso por êste egrégio Tribunal.

Naquele, havia um acusado, que tinha sido convocado para o Serviço Militar e estava, por fôrça dessa convocação, em lugar que deveria ser conhecido pela autoridade judicante; neste, não há um acusado convocado para o Serviço Militar, mas há brasileiros que foram obrigados, por circunstâncias que não vêm a pêlo apreciar, mas que decorrem de ato de autoridade pública, e se ausentarem do país e a permanecerem no estrangeiro.

Não poderia, por conseguinte, a autoridade judicante ignorar esta circunstância, lícito não seria omitir a formalidade essencial da citação pessoal dos acusados.

Isso pôsto, e fiel ao ponto de vista que adotei naquele caso, dentro da orientação do respeito ao princípio de coerência, que sempre procuro manter neste egrégio Tribunal, sou levado a acompanhar o voto do sr. Ministro Relator, concedendo o habeas-corpus nos têrmos e para os fins do voto de S. Exia.

VOTO

O Sr. Ministro Orosimbo Nonato — Sr. Presidente, com três argumentos lidam os impetrantes na fundamentação do presente habeas-corpus. Refere-se o primeiro à ausência de citação dos pacientes que, exilados, por determinação do Governô, não podiam ser considerados “soltos” ou “foragidos”, hipótese única em que bastaria a citação por éditos. Ninguém deve ser processado incôncscio da acusação e sem possibilidade de responder às capituladas do M. P.

Alude o segundo à injustiça da sentença.

O terceiro diz respeito à generalização, na consciência jurídica do país, de um estado de espirito incompatível com a punibilidade do fato por que foram os pacientes condenados, faltando, a essa conta, clima vital para a execução da sentença. Ocorreu o fenômeno a que UNGER denominou “mitigação da relação jurídica”, dependendo a eficácia da lei, conforme o magistério de LASKY, menos da fonte de que derive do que de sua aceitação e generalidade. Deixou o fato de ser considerado crime pela consciência pública, e com tal e irresistível veemência, que é êle agora pra-

Haveria a considerar se aquêlê dispositivo fôsse admissível e aplicável ao caso, o que se contesta, que, condenados os três insignes brasileiros por infração do art. 3.º, n. 6, do decreto-lei n. 431, de 18 de maio de 1938, o crime, que se lhes imputou, sòmente poderia cometer-se no território brasileiro. Pune-se ali, realmente, com a pena de 2 a 5 anos de prisão, “fazer propaganda ou ter em seu poder, em sua residência ou local onde deixar escondida e depositada, qualquer quantidade de boletins, panflêtos ou quaisquer outras publicações” contra a ordem política, naquêlê diploma définida. Aqui, portanto, onde os boletins, manifestos ou panflêtos, se distribuiriam, é que o crime seria praticado. Dentro do território nacional. Não no estrangeiro. Tanto que teriam sido apreendidos pelas autoridades policiais brasileiras e encontrados em poder de brasileiros, dentro do Brasil.

ticado, às declaradas, e sem o esbôço, sequer, de qualquer tentativa de repressão.

Tais, em síntese apertadíssima, os fundamentos do pedido.

Relegado de plano o segundo fundamento — injustiça da sentença — inexamínável em *habeas-corpus*, considerei o terceiro para negar-lhe assentimento. Convenho em que não guarda qualquer ligação com o caso dos autos o art. 3.º do Código Penal que versa a ultratividade da lei excepcional ou temporária. Teve em mira o legislador, quanto à lei excepcional, que se não confunde como sábiamente, adverte BENTO DE FARIA (Cód. Pen., vol. II, n.º II) àquela determinada por fato extraordinário. Mostram-no os exemplos de SALTELLI DI FULCO, invocados pelos exegetas da nossa lei penal (*brigantaggio, tempo di guerra, stato di assedio, terremoto, epidemia e simili*). E, ao aludir à lei temporária, visou aquela que se destina a reger situação durante certo período de tempo ou durante a permanência de certo acontecimento (vêde JORGE SEVERIANO, Com. ao C. Penal, P. Geral, I, pág. 239). Em rigor e vistas ao longo da história, temporárias são tôdas as leis que traduzem o direito positivo, e que passam ao mudar das instituições e o dobrar dos tempos. Tôdas elas se estabelecem do precário, do finito, do perituro das criações humanas, que inspiraram as “tremendas palavras” de MEFISTÓFELES e a que se refere OERTMANN “sucedem-se as leis e os direitos como um mal eterno”. Muito mais estreito, porém, foi o ângulo visual do legislador, ao enunciar o princípio do art. 3.º e ao referir-se à lei transitória, que é a que se destina à vigência temporária” (art. 2.º da Lei de Introd. ao Cód. Civil).

Não é o caso dos autos. E o asserto desenvolvido pelos impetrantes quanto à ineficácia da lei penal, por ausência de ambiente na própria consciência jurídica do povo, tem a contrastá-lo obstáculo insubordinável: o princípio de que a lei vigora até que outra a modifique ou revogue (art. 2.º da lei de Introdução). O “*cessante ratiõ legis cessat ipsa lex*” não foi invocado no pedido. E, na real verdade, não lhe traria alento e esforço. No caso mesmo em que a lei penal tem sua permanência subordinada à permanência de certo acontecimento ou situação, opina JORGE SEVERIANO que a autoridade apta a reconhecer como cessadas as circunstâncias que determinam a lei é o legislador mesmo, *verbis*:

“Sòmente quem faz a lei é que tem o poder de revogá-la, todo ou em parte. Entre as atribuições do Poder Judiciário

Tanto assim foi, de resto, que o juiz ANTONIO PEREIRA BRAGA, por sentença de 4 de dezembro de 1940, ao depois reformada, absolveu os acusados da imputação que se lhes fez,

“considerando que, relativamente ao acusado ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, se o seu — *Diagrama de uma situação política*, impresso em Nova York, era remetido de Buenos Aires, não haveria senão méra presunção de ser êle quem o remetia, pelo correio, se provado ficasse estar nessa cidade ao tempo em que foram lançados às caixas de coleta;

“considerando que, semelhantemente, o fato de o manifesto do acusado OCTAVIO MANGABEIRA, impresso em Biarritz, ser lançado, ao correio, em Pau, apenas deixaria presumir ser êle quem o remetia, se provado ficasse estar neste lugar, ao tempo de serem entregues no correio;

(Const. Fed., arts. 99 e segs.) não encontramos a de revogar leis... ao juiz não é possível absolver alguém colhido nas malhas de uma lei especial ou temporária, só porque a ela deva parecer que as circunstâncias que a determinaram já não existem” (liv. cit. pág. 238).

E o asserto é verdadeiro quanto às leis a cláusula de emergência pura e simples:

OSCAR TENORIO:

“Leis temporárias existem que não dependem de termo e condição. Contém a cláusula de emergência pura e simples. Enquanto o poder legislativo não revogar a lei, considerando expressa ou implicitamente desaparecido o período de emergência, surtirá efeitos, terá eficácia. Por isto, não se catalogam, rigorosamente, entre as leis temporárias. (Lei de Introdução, n.º 45).

Mas, o problema não foi enterreirado pelos impetrantes nêsse terreno, que seria deveras impróprio e nem o cessante *ratione legis* foi invocado caso em que útil seria o adminículo de lições de ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, PAULO DE LACERDA, CHIRONI e ABELO, ALVES MOREIRA, TEIXEIRA DE ABREU e tantos outros. E nem se abre perspectiva para a controvérsia referente à possibilidade de revogar-se a lei pelo seu desuso.

O problema que os ilustres impetrantes propõem é outro, e ainda mais grave: é o da possibilidade de se declarar revogada certa lei pela mudança das circunstâncias que a inspiravam e que levam ao espetáculo de sua inaplicação. Tenho que não pode o Juiz, em tais casos, declarar a invalidade da lei. Constitui verdadeiro *ius receptum* que a lei só se revoga por outra, em linhas de princípio. O seu desnível com a opinião pública e a sua mesma desaplicação não autorizam o juiz a declarar-lhe a ineficácia e a morte. No combate às leis injustas, mas vigentes, a posição do juiz não é na vanguarda, pois não lhe cabe a função de legislar. O que lhe compete é interpretar humanamente a lei e eleger, entre os vários sentidos que a ela ofereça, o mais conforme ao bem público e a equidade. Seria subversivo, entretanto, dar-lhe o preceito de declarar sem vigência

“considerando que, relativamente ao acusado PAULO NOGUEIRA FILHO, os seus manifestos, impressos em Paris, foram lançados ao correio no Brasil, como se vê a fls. 390, o que nem aquela presunção deixa estabelecer”.

10. Seja qual o ângulo por que se examine o processo, ressalta sua nulidade, decorrente da falta de citação pessoal dos acusados. Existisse, no plano jurídico, a carta totalitária de 1937, em face dela se não poderia justificar texto que suprimisse a citação pessoal dos acusados, para que tivessem ciência da nota de culpa e pudessem defender-se. Pelo estabelecido por ela no art. 122, n. 12, *in fine*, “a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa”. Entre elas, e como principal, sublima, antes da formação da culpa, a citação pessoal do inculpado. Intuitivo é isso. Intuitivo e essen-

lei não revogada. Se entre a lei e o sentimento público abre-se discordância profunda, cria-se um problema angustioso, mas cujo desate compete ao legislador, e não ao juiz.

Quanto à inaplicação prática da lei, apregoar doutrina contrária é incidir ao erro a que se refere TEIXEIRA DE ABREU: o de misturar aplicação com vigência da lei, quando o primeiro é o registro de um fato e o segundo contém um conceito de direito.

O prisma do juiz é o do jurista técnico: a razão da obrigatoriedade de um preceito de direito radica-se na ordem jurídica positiva a que a pertence: para êle é obrigatório “todo aquel que con arreglo a las notas positivas establecidas en el ordenamiento vigente ostenta los caracteres de tal” (RADBRUCK, in Sichs, *Direcciones Cont. del pens. jur.*, pág. 191).

CAPITANT, apesar de referir-se como a *corpus mortus*, às leis cujo conteúdo de utilidade, em consequência das transformações sociais, esvaziou-se às completas, mantém, como princípio, o de que la loi, une fois promulguée, reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée par une loi postérieure”.

E acrescenta o claro professor francês:

“C'est au législateur qu'incombe la mission de remplacer une règle viellie et surannée par une autre, mieux appropriée aux conditions économiques actuelles. Le caractère de certitude, qui est le signe distinctif de la loi et en fait un mode perfectionné de production juridique, exige que la force obligatoire de la loi ne puisse être discutée en aucun cas, quand meme ses dispositions seraient devenues gênantes ou inutiles”.

(Introd., n.º 50).

Argumenta-se, porém, que, no caso, a mudança de circunstâncias retirou a lei o seu princípio de vida. Se aquela mudança se caracterizasse pelo estabelecimento de um *novus ordo* legal incompatível com a lei, caso seria, de certo, de revogação tácita. Quando, porém, como na hipótese, não há revogação implícita, virtual, o que prepondera é o princípio enunciado em SALVAT:

“La ley subsiste en todo su vigor, aunque no reciba aplicación práctica por el cambio o la desaparición de las circuns-

cial. Nem se póde ter instrução contraditória onde e quando o acusado, por ignorância da denúncia ou do libelo, de que não teve ciência, impossibilitado se depare de contraditar...

CAPÍTULO III

A injustiça e inexequibilidade da sentença condenatória dos três exilados.

11 Não apenas ilegítima, por proferida em processo absolutamente nulo, mercê de preterição de formalidade substancial, qual a da citação dos acusados, não efetuada legalmente, é a sentença que condenou os três exilados brasileiros. Também injusta se teria de haver, se de manifesta nulidade não fôsse. Juntam-se a esta petição exemplares dos manifestos ou panflêtos, que serviram de base

tâncias que la dieran nacimiento". (Der. Civ. Arg., Parte Cen., n.º 324 in fine).

E' que a obrigatoriedade da lei não provém das razões, que a inspiraram mas da autoridade de legislador. E seria temerário considerar o Juiz a lei revogada pela sua inaplicação.

O conceito é de BAUDRY-LACANTINERIE et FOURCADE, que elucidam:

"Quanto alla non applicazione della legge per promulgata che sia, essa può spiegarsi con molte ragioni del tutti strane all'idea della abrogazione ed anzi esclusive di questa, che sarebbe temerário considerare una legge come abrogata fatto soluche non esse osservata". (Delle Persone, ed. Valardi, I, pág. 103, n.º 123).

E tal é a irreprimível força dêsse princípio que êle aparece através do pedido mesmo, formulado que foi por eminente jurista: — em rigor técnico lê-se na petição, uma lei só se revoga por outra. E é nêsse "rigor técnico" que, traduz, antes que tudo, o princípio vero e legítimo a melhor censura de direito, que, a meu ver, se fortalece o Juiz, que deve ser tão cioso das prerrogativas do Poder que representa como cuidadoso e circunspecto em não romper as lindes em que êste Poder se situa.

Mas, se não aceito êsse argumento, acolho o terceiro.

Aliás, nêste ponto de vista firmemente coerente com o caso anteriormente julgado. No caso a que se referem os impetrantes e de que foi o relator o eminente Sr. Ministro LAUDO DE CAMARGO, a situação dos impetrantes ainda era mais favorável; tratava-se de alguém que foi chamado a Serviço Militar e que podia comparecer, mediante chamado da autoridade; a situação de constrangimento em que se achou, pelo Serviço Militar é muito menos colorida, muito menos forte do que aquela de réus que se encontram no estrangeiro por ato do Governo. De modo que se não há identidade entre um caso e outro, e para favorecer a hipótese presente, em que é mais destacada, mais sublinhada a criação em que se situam os pacientes.

Pela lei, a citação pessoal se faz aos presos, a edital se fazia ao sôlto ou foragido, pelo que não compreende a lei outra citação. Aplicado o art. 4,

à acusação, que se lhes intentou. Banidos de sua terra, a que prestaram os mais assinalados serviços, ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, como governador do Estado de São Paulo; OCTAVIO MANGABEIRA, como professor catedrático da Escola de Engenharia da Bahia, antigo ministro de Estado das Relações Exteriores da República e deputado federal pelo Estado da Bahia; e PAULO NOGUEIRA FILHO, como jornalista, diretor, que foi, do *Diário Nacional*, de São Paulo, e representante d'êste Estado no Parlamento Nacional, como deputado — em nenhum momento deixaram de ser, como sempre foram, homens de dignidade e de honra, imbuídos do mais profundo sentimento patriótico. Banidos de sua terra, sofreram, sem processo, sumariamente, irrefragável arbitrariedade. Lícito não era ao presidente da República, mesmo em face da carta fascista, que êle ditou ao país, afastá-los d'êste, como o fez. As medidas, que ela lhe consentia, durante o estado de emergência, estavam limitadas à deten-

parágrafo único do Decreto-lei n.º 474, de 8 de junho de 1938, interpretado civil modo, o que se vê o que a citação por éditos cabe quando o réu está “foragido” ou “solto”. Cumpre ao Juiz verificar se os impetrantes se achavam na situação de pessoas “soltas” ou “foragidas”.

“Solto” não é apenas — e eu já o disse no anterior *habeas-corpus* — o que não se acha encarcerado, privado de liberdade de locomoção, de defesa; quem se encontra em desterro, quem se encontra impossibilitado de acudir à citação é pessoa “não solta” para os efeitos da lei. E o legislador, ainda, e especial, não foi cuidadoso em garantir a defesa que, como observou o Sr. Ministro GOULART DE OLIVEIRA, em argumento de muito realce, na própria hipótese de estar o réu fora do distrito da culpa, applicava-se a lei, quando applicável, isto é: ao ausente se garantia o mínimo de citação, que é por edital. Êsse mínimo seria claramente inútil, no caso a pessoa estar no estrangeiro. Seria uma citação ficta; o legislador pode fingir, mas a ficção tem limites na própria arte, na poesia, como observava HORÁCIO.

Na hipótese atual, era impossível aos réus, estando um na Argentina, outro nos Estados Unidos, acudir a um édito, com 48 horas. Se o fim da citação é o chamamento proveitoso a Juízo, se êsse fim, no caso, estava impossibilitado, por obstáculo materialmente invencível, aquela ficção de citação não podia preponderar.

Fala-se no art. 17 da Lei de Extradicação, mas essa lei não cuida do problema da citação, versa o problema da ultra-territorialidade da lei penal nos crimes cometidos no estrangeiro. De modo que a desadequação à espécie é conspícua e visível.

Coerente com meu voto anterior e pelo fundamento exposto, concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Nunes — Sr. presidente, concedo a ordem pelo primeiro fundamento, nulidade do processo por falta de citação pessoal, e somente por êsse fundamento, porque estou de acôrdo com o Sr. Ministro Relator e com os votos manifestados no sentido de que não é possível aceitar o argumento dos impetrantes de que a lei não executada fica revogada.

ção em edificio ou local não destinado a réus de crime comum e ao destêrro para outros pontos do território nacional, senão ainda a residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir. Tal dispunha o seu art. 168, nêste ponto não alterado pela lei constitucional n. 3, de 10 de março de 1942. Não obstante, foram deportados para o estrangeiro, mercê de violência inominável. Teriam, nêste trãse, formulado, contra ela, o seu mais veemente protesto, já que condenados, sem fórmula, nem figura de juízo, a pena, a cujos efeitos ainda se acham submetidos e perdura por mais de seis anos.

Nesse protesto, que cada um formulara isoladamente, exercitando o direito sagrado de defêsa, mais não havia, em verdade, do que o profligamento do ato de ilegalidade e de extrema violência, que sôbre êles se desferira; e, ao mesmo passo, o exercício do direito, que lhes não poderia ser recusado, de manifestação de seu pensa-

Realmente, seria subversivo de tôda a ordem jurídica, se se admitisse tal argumento. A lei não se revoga ou derroga senão por outra lei. A tolerância da autoridade ou relaxamento na execução de uma lei não basta para fazê-la desaparecer.

Em matéria de contravenções existem precedentes conhecidos que poderiam ilustrar essa tese. As administrações policiais que se sucedem ora intensificam, ora relaxam a repressão de certas contravenções. E jamais se pretendeu pudessem ser sôltos por *habeas-corporis* os réus sentenciados anteriormente, ao tempo em que os agentes do poder público estavam dando execução à lei. Não invoco êsses precedentes senão para mostrar ao vivo que o afrouxamento ou a intermitência na aplicação da lei não basta para fazer desaparecer a infração. A situação juridicamente, é idêntica, embora aqui se trate de crimes políticos, delitos de opinião, que se situam em grau superior, e não nodoam o agente.

Mas o primeiro fundamento, a nulidade da citação, se impõe à evidência. Realmente, não se trata, no caso, nem de réu sôlto, nem de réu foragido. De réu foragido não seria possível cogitar na hipótese, porquanto o réu foragido é aquêle que procura escapar ou consegue escapar, sair do distrito da culpa, procurando esquivar-se, evadir-se ao processo, sem ciência ou iludindo a vigilância das autoridades. De réu sôlto igualmente não se trata, porquanto réu sôlto só é aquele que se pode locomover livremente no distrito da culpa, que pode ir e vir para onde entender. No caso, tratava-se de réus que foram convidados a sair do país. Estavam soltos, é certo, mas em país estrangeiro. Não é essa a hipótese de réu sôlto em face da lei.

O réu comprometido num crime político é convidado pela autoridade a retirar-se do país a fim de não ser prêso.

Temos frequentemente os exemplos ocorridos na República Argentina, onde, aliás, a Constituição declara que, na vigência do estado de sitio, pode o govêrno prender ou desterrar para outros pontos do território nacional, salvo se o cidadão preferir sair do país. De modo que já é muito freqüente a adoção dessa prática e quando o próprio govêrno não convida o cidadão a retirar-se do país, é êle mesmo que pede seu passaporte, para procurar asilo em país amigo.

mento, sôbre as suas convicções democráticas, que o seu infortúnio não esmorecera, antes sublimara. Crime nisso não havia, nem podia haver, mas tão sômente crítica, sob o ponto de vista doutrinário, do panorâma político brasileiro, em termos vivazes, por certo, mas à altura do insulto.

12. Tribunal político, na essência e na fôrma, bem assim na finalidade, cujos juizes podem julgar por sua íntima e secreta convicção, mais do que pelas circunstâncias do fato, preceitos da lei e princípios de direito — o Tribunal de Segurança Nacional divisou, no caso, a prática do crime político. E condenou os três exilados políticos brasileiros, agravando, dessarte e sobremodo, a pena de destêrro, em cujo cumprimento estavam e ainda estão, porque de tempo indeterminado. Nisso, evidentemente, êle se excedeu. Tinha êle razões, que a razão desconhece. Os regimes totalitários fascistas, como o que se impôs ao Brasil por efeito do golpe de Estado de 1937,

De modo que, aqui como lá, não se trata prôpriamente de uma imposição, mas de uma injunção, de uma solução optativa. Dá-se ao comprometido na crise política, ao cidadão indiciado ou suspeito à autoridade, a opção entre a prisão e a saída do país.

Esta é que é a natureza da medida de cunho nitidamente político, não é pena, não é expulsão, e já então seria inconstitucional, é uma opção que se lhe dá para preferir à prisão em seu país à liberdade em outro país. Sem dúvida, é sempre preferível esta última solução que o governo não concede a todos, solução mais branda pelo menos para o cidadão que tenha posses que lhe permitam viver no estrangeiro, melhor do que sofrer as agruras da prisão política.

Ora, no caso o que se terá dado foi isso: a autoridade pública convidou os pacientes a se retirarem do país. Mas se eles não saíssem do país seriam prêsos. De modo que réus no processo que ocorreu dois anos depois, eram réus virtualmente prêsos, não eram réus sôltos. Pacientes estavam fora do país porque o governo lhes permitiu a saída; mas, se voltassem, para se defenderem, seriam prêsos. Estavam, pois, na situação de réus prêsos e teriam de ser citados pessoalmente, por mandado ou mediante rogatória para o país em que estavam. E o Tribunal sabia onde estavam êles, porque das sobre-cartas constava a procedência de onde vinham os manifestos e panfletos. Aliás, o governo poderia por meio de suas representações diplomáticas localizar os réus.

À vista disso, só posso acompanhar o voto brilhante e exaustivo do Senhor Ministro Relator, dando o *habeas-corporis*, de acôrdo com essas premissas, para que os pacientes possam voltar ao país livre da condenação do Tribunal de Segurança Nacional.

Concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro José Linhares — Sr. presidente, voto de acôrdo com todos os fundamentos do Sr. Ministro Relator, reafirmando o voto anterior. Concedo a ordem, por nulidade da citação porque não se pode considerar citado por edital aquêle que se acha nas condições dos pacientes.

inadmitem a livre manifestação do pensamento. Proscrevem o direito de critica. Só toleram, porque com êles condizentes, e são os elementos constituintes do clima político, em que podem viver e prosperar, o assentimento unânime, a bajulação sórdida e o incensamento perene, de todos os dias, horas e minutos, custe o que custar, pela compreensão, pela adesão interesseira, pela corrupção ou pelo suborno. Tudo quanto disso se afaste é crime.

E os três exilados brasileiros foram condenados..

13. Tudo, no mundo, passa. Passam os homens, mesmo os que se supõem eternos, na sua transitoriedade terrena, que não chega, em regra, a mais de um século. Passam os que se imaginam superhomens, criaturas eivadas de sópro divino e, por isso mesmo, providenciais. Passaram ALEXANDRE e CESAR. NAPOLEÃO passou. Se não teve MUSSOLINI ainda sua tumba, é porque os seus ossos devem ainda manter-se, para que o famoso duce dos fascistas sinta,

VOTO

O Sr. Ministro Laudo de Camargo — Pelo que li no memorial recebido e pelo que ouvi do relatório feito, dois constituíram os motivos de pedir: a) nulidade do processo, por falta de citação e b) insubsistência da condenação, por não ser mais criminoso o fato articulado.

A nulidade teria advindo da circunstância de se acharem exilados os pacientes e sem conhecimento do processo, para a necessária defesa.

Foi realmente o que aconteceu.

Houve ausência não voluntária mas forçada. Determinou-a ato das autoridades brasileiras.

São, portanto, situações diversas e que se não confundem: a do que se retira e a do que é forçado a retirar-se.

Se o primeiro pode locomover-se livremente, regressando, o segundo conserva cerceada a sua livre locomoção, com impossibilidade de regresso.

Sendo assim, os pacientes, como exilados e tolhidos na liberdade, teriam de ser citados pessoalmente, quando em lugar conhecido.

A sua situação se identifica com a do sorteado, que livremente não pode locomover-se, conforme o nosso julgamento, no caso de Sergipe e a que se reportou o pedido.

Vou mesmo além: maiores garantias deverá contar o que sofre restrições fora do país do que o que nêle se encontra nestas condições. E' que êste poderá comparecer pessoalmente, enquanto àquele êste comparecimento é negado.

Se, entretanto, conhecido não fôsse o lugar do exílio e impossível aguardar-se pelo regresso dos acusados, sob o fundamento de ser permitido o procedimento criminal, não obstante a ausência, dada a natureza do delicto que se lhes atribuiu e o lugar da sua prática, tudo em contrário ao que decidiu o juiz de primeira instância, teria então lugar a citação por edital, mas em forma regular.

Já fiz apreciação ao texto legal, determinante da citação nos processos da alcada do Tribunal de Segurança Nacional.

Algo há ainda a dizer, não deixando de recordar as palavras de JOÃO MENDES, de ser preferível não facilitar "o perigoso expediente da citação por edital".

em sua própria consciência, a tragédia da sua lenta decomposição histórica. E HITLER, que sonhou ser senhor e possuidor do mundo, está a assistir, dentro dêle, ao desmoronamento do seu pequeno mundo germânico, destruído pelas armas das duas grandes democracias — a inglesa e a americana.

Tinha, pois, que passar o fascismo brasileiro, compendiado na carta de 1937 e que os seus próprios autores, por suas próprias mãos, converteram, e quem o disse foi o talvez seu inspirador, FRANCISCO CAMPOS, em entrevista recentemente publicada nos jornais, em “documento de valor puramente histórico”, que entrou “para o imenso material, que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de ser ou não chegou a ser jurídico, por não haver adquirido ou haver perdido a sua vigência. ”

Se não passou de todo, está visivelmente, no ocaso, que começou com o chamado ato adicional — a lei constitucional n. 9. Mu-

Resa o art. 4.º § 2.º do Decreto número 474, de 1934: “a citação será feita pessoalmente se o réu estiver prêso, enquanto sôlto ou foragido, por edital afixado à porta do Tribunal”

A só leitura do texto está a mostrar que, nem sempre, poderá a sua fria aplicação ajustar-se à regra geral e a merecer inteira observância: “a instrução criminal será contraditória assegurada, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias da defesa”.

E’ certo que à lei ordinária cabe estabelecer a diretriz do procedimento criminal.

Mas, não menos certo, que deverá fazê-lo de modo a atender, a não contrariar, ao enunciado pela lei maior.

Pelo texto, só o acusado prêso será citado pessoalmente. Ao que estiver sôlto, toca a citação por edital. E de que modo?

Pela simples afixação do chamado à porta do Tribunal, pouco importando que o interessado seja conhecido e tenha residência certa no lugar em que êle se acha instalado.

A presunção que daí pode decorrer será mais pela insciência do que pela ciência, uma vez desconhecido de quase todos o que ali ocorre diàriamente.

Razoável seria que, havendo imprensa, fôsse o chamado dado à publicidade, como de prática constante na processualística criminal comum e com prazo bastante.

Como conhecer o exilado o que veio a ser simplesmente afixado?

Dêste modo, na aplicação do texto, haverá sempre necessidade de atender às circunstâncias coerentes, de modo a não sacrificar-se o direito de defesa.

São ainda palavras do acórdão da condenação:

“a citação não traz ao réu sôlto qualquer prejuízo, de vêz que pode constituir advogado, e, se não o fizer, não poderá o juiz julgar sem nomear defensor”.

Aí o êrro.

Uma coisa é nomear defensor, outra diferente constituir advogado.

Nomeia-se defensor ao que faltoso é.

A quem o não seja, assegurado fica o direito de constituir advogado que o defenda.

dou-se, senivelmente, a ordem política, abrindo-se, por força das circunstâncias, tanto internas, quanto, e principalmente, externas, ou, melhor, internacionais, o debate em tórno do sistema político e administrativo. Suspendeu-se a censura à imprensa.. Desde que isso aconteceu e se seguiu à visita de cortesia que o chanceler STETTINIUS, vindo de Moscou, fez ao presidente da República, muitíssimo mais do que teriam escrito os srs. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, nas publicações, por via das quais foram condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional, têm dito, e estão ainda dizendo, em termos muitíssimo mais vigorosos e candentes, homens públicos, instituições, academias, universidades, com o aplauso, a bem dizer unânime, de todas as correntes de opinião pública, sem que as autoridades tomem qualquer iniciativa processualística e sem que o Tribunal de Segurança Nacional lhes desfeche o seu látego condenatório. Anexam-se a esta petição as moções ou manifestos, em tal sentido, da Faculdade Nacional de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Faculdade de Direito de Recife, da Faculdade de Direito da Bahia, dos Institutos dos Advogados Brasileiros e de São Paulo, bem como da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, do Conselho da Universidade de São Paulo, e outros. Como, em tais condições, pensar na execução da sentença condenatória, pelo

Este direito, entretanto se prejudica, com a insciência do processo.

Tudo está, pois, a mostrar a nulidade pleiteada.

Assim, de acôrdo com o meu ponto de vista anteriormente manifestado, e sem necessidade de maiores considerações, concedo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Bento de Faria — Sr. Presidente, no meu conceito, a única questão a considerar é a referente à citação, que se diz mal feita.

Mas, embora os pacientes tivessem sido citados pessoalmente, ainda assim, no caso, tal citação seria incapaz de produzir efeitos, porque se desejassem êles atender ao chamamento, estavam absolutamente impedidos de entrar no País, consoante a determinação do Poder Público, como decorrência do exílio compulsório.

E, assim, não poderiam comparecer perante o Tribunal que os condenou com evidente sacrificio do direito de defesa.

Por essa razão, vencido na preliminar de não conhecer do **habeas-corpus** em período de estado de guerra, concedo a ordem, de acôrdo com o voto do eminente Sr. Ministro Relator, cujas considerações, quanto ao mérito, subscrevo sem restrições.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam a ordem, por unanimidade de votos.

Vencido na preliminar de não se conhecer do **habeas-corpus**, em vista do estado de guerra, o Sr. Ministro BENTO DE FARIA.

Impedido o Sr. Ministro BARROS BARRETO”.

mesmo crime, se crime se praticou, dos três exilados brasileiros, quando, agora, e evidentemente, crime tal não se considera? Não é isso, acaso, repugnante ao sentimento de justiça? Permite a lei contrasenso de tamanha magnitude? Tolera a equidade, acaso, que pelo mesmíssimo fato, essencial e formal, uns se reputem criminosos e outros não?

14. Fornece o ambiente social as causas ocasionais do crime e, notadamente, do crime político, consistente nos atos tendentes à mutação da ordem política e social, existente em dado povo e país, em certo e determinado momento. Basta que se destinem a alterar a ordem política, embora inalterável permaneça a ordem social. Mudada a ordem política, os mesmos atos, que antes criminosos se reputavam, deixam de o ser, transformando-se, muitas vezes, os delinquentes em beneméritos, senão em heróis. Decorre disso, como tem sido acentuado pelos tratadistas, o caráter de relatividade do crime político, sensivelmente mutável. Cumpre, para conceituá-lo, atender ao momento histórico, à época do comportamento punível e à transformação política ulterior, que o torne lícito ou penalmente indiferente. Dá-se o que denominou MEZGER, de “mitigação da relação jurídica”, a propósito da legislação protetora das tendências da democracia social, “abrogadas as leis por decurso do tempo ou por outra causa, também a punibilidade tinha que cessar” (1).

O fenômeno é de observância mais frequente do que se imagina. Dá-se, até, inesperadamente, como aconteceu com a publicação do ato adicional de 1945. Dispensando êste a homologação plebiscitária a que se subordinou a eficácia da carta de 1937; admitida a possibilidade de sua outorga por simples manifestação unilateral da vontade do detentor do poder, mercê de ato de força, ficou ela vazia de sentido e vigor. De outro lado, aquela lei, dita constitucional, acarretou situação diversa da anterior, introduzindo, em parte, condições políticas incompatíveis com as leis repressivas das manifestações da opinião, que explodiram em violência correspondente ao tempo em que estiveram comprimidas pelo regime férreo do mais estreito absolutismo, gêmeo do personalismo político dêste último e desastrado setênio. Abrogaram-se aquelas leis implicitamente, por efeito da nova situação criada, tanto quanto por injunção vitoriosa do consenso popular. Não se acoime de infundado o asserto, porque, e foi HAUS quem o observou, “muitas vezes também o legislador, sobretudo quando procede à reforma da legislação repressiva, realiza as mudanças de que se trata, modifi-

(1) MEZGER, *Diritto Penale*, trad. italiana de MANDATARI (Padua, 1935), pg. 92.

cando a definição de certas infrações, de molde a estender ou restringir a que lhe dava a lei precedente, fazendo assim entrar na disposição legal fatos que ela não compreendia ou eliminando dela atos que tombavam sob sua aplicação, qualquer que seja o modo escolhido pelo legislador para introduzir as mudanças que teve em vista". Mas não ficou nisso. Acresceu o velho criminalista que, "por outro lado, a lei que tira a um ato o caráter delituoso, deve receber aplicação imediata, mesmo a fatos anteriores à sua publicação" (2). Eis ensinamento que se ajusta ao caso concreto e não refoge da sistemática legal brasileira.

15. Ninguém (o dispositivo é do artigo 2 do código penal) pôde ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Ora, condenados foram os três exilados brasileiros por haverem externado suas convicções democráticas e sua repulsa aos regimes fascistas e totalitários. Não se pôde mais contestar, em sã consciência, ter sido elaborada a carta de 1937, sob o influxo dos regimes políticos, que imperavam na Alemanha e na Itália, e quando o ditador brasileiro, convencido da vitória das duas potências em guerra com as democracias, resolveu entrelaçar a sua sorte e, com ela, a do Brasil, às daqueles países e seus governantes. Desde que, porém, empalideceram as estrélas dêstes e as vitórias nazistas se substituíram por derrotas espetaculares, que se sucederam em número e intensidade; desde que, premido pela opinião brasileira, o presidente da República, que recentemente se proclamou destituído de preconceitos de ordem política e partidária, se viu forçado a romper as relações diplomáticas e alfim a declarar guerra aos países do "eixo" — a transfiguração política do Brasil tinha que fazer-se, a despeito de retardada, no sentido democrático. Se, pois, crime político era a defesa das instituições democráticas, agora tal não acontece. Na própria exposição ministerial, que propiciou o ato adicional, se deparam conceitos e expressões, que antes a ninguém se permitiriam, sem que padecessem os rigores policiais e os anátemas do Tribunal de Segurança Nacional. A mudança da ordem política, a despeito de tudo, é sensível. Urge, pois, que cessem a execução e os efeitos penais da sentença, por que ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO foram condenados pela manifestação de seu credo democrático, que o primeiro, encerrando o *Diagrama de uma situação política*, nestes termos orou:

(2) HAUS, *Principes Généraux du Droit Penal Belge*, 3.^a ed. (Paris, 1879), vol. I, pg. 123 e 124.

“Creio que o povo brasileiro possui o instinto profundo do governo democrático e não se submete à sorte dos escravos voluntários. Creio que o problema da nossa unidade é o nosso problema fundamental e que seria uma geração execrável a que deixasse que se fracionasse em suas mãos a Pátria grande, herdada de seus pais. Creio que o sistema federativo, com as suas raízes mergulhadas nas origens de formação nacional, é o que melhor resguardará a nossa unidade. Creio que, na relatividade das instituições humanas, o princípio majoritário é ainda o melhor método de decisão política; que esse princípio só se pôde fundar no voto popular, secreto e livre, nunca no plebiscito policial; e que a eficácia do método está em grande parte nas mãos dos governos, pois tudo se resume num problema de educação. Creio que esse voto deve ser coordenado através dos partidos políticos e que o princípio democrático é inseparável da idéia de responsabilidade e fiscalização e, portanto, da idéia de oposição. Creio que jamais a democracia brasileira será uma realidade se não se impedir que a organização partidária se fracione, não somente em partidos estaduais, mas ainda em absurdos partidos municipais; que a organização nacional dos partidos será a fonte de rejuvenescimento da vida democrática brasileira; e que só através dos partidos nacionais se corrigirão as desigualdades na importância política dos Estados e, por conseguinte, se robustecerá o ideal federativo. Creio no instinto das autonomias locais, que se revelou em épocas afastadas da existência do Brasil e que se fortaleceu sempre em tôdas as lutas da nacionalidade. Creio na necessidade de um poder político forte, sobretudo na União, mas desde que seja exercido por governantes temporários, sob as vistas da representação popular. Creio, porém, ao mesmo tempo, na necessidade de se manter a descentralização administrativa, para acelerar a circulação do sangue em todo o organismo da Nação e evitar que a hipertrofia do centro gèle as suas extremidades distantes. Creio que a coesão nacional será alimentada com muito mais vigor pela cultura das peculiaridades de costume, das características de temperamento e das tradições de cada região, do que pela sistemática, artificial e precária tentativa de uniformização de todos os brasileiros.

Creio que só na liberdade o espírito do homem pode conservar a sua força criadora, e que a personalidade humana é inviolável. Creio na cultura humanística como o melhor instrumento de exercício da liberdade e de fortalecimento da coesão social. Creio que há uma crise aguda do individualismo e que a palavra *liberalismo*, no seu sentido integral, talvez não sobreviva; mas que as críticas mais profundas que se fazem a essa crise são as dos grandes espíritos, que ainda acreditam na liberdade; e que, em todo o caso, os

remédios prescritos pelos contemptores da liberdade só produziram, por ora, guerras de conquistas. Creio na solidariedade e na cooperação sociais como princípios inspiradores de qualquer organização dos nossos dias. Creio que, dentro do atual panorama do mundo, o problema brasileiro está pôsto em termos de sua independência. Acima de tudo, creio no Brasil. Esse Brasil é democrático”.

Transpiram palavras dêsse naipe nobreza de propósitos, dignidade humana, sadio e corajoso patriotismo. Merecem os que as emitiram aplausos e bênçãos. Não a condenação. Muito menos, o presidio. Poucos já não são os anos amargos do exílio.

16. Perdendo o fato seu característico criminal, mercê de lei posterior, esvai-se a sentença por que antes se condenara, cessando-se sua execução, se já iniciada, ou tornando-se inâne, se não ainda. Desaparecido o crime, desaparece a pena. Diluem-se em nada os efeitos penais da sentença condenatória. Mais ainda. Favorecendo ao agente lei posterior, de qualquer outro modo, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comine pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorível. Com êsse, não com outro espírito, todo equitativo, e, por isso mesmo, justo, deve-se examinar o crime político, principalmente quando cometido, como no caso teria sido, mais pela manifestação do pensamento, do que por atos. Alteradas as circunstâncias que o caracterizariam, ou caracterizaram, não há puni-lo.

17. Acolhida não mereceria, por certo, argumento, que no art. 3.º do código penal se fundasse. A lei excepcional, nêle se prescreveu, ou temporária, embora decorrido o periodo de sua duração, ou cessadas as circunstâncias, que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. O fato criminoso, dessarte, cometido em momento que tal fôsse a ordem política do país, mudata esta, punível ainda se torna, a despeito de cessadas as circunstâncias, por via das quais se erigiu o crime político em figura de direito penal. O argumento, ao pé da letra, induziria a absurdidades simplesmente espantosas e inconciliáveis com o senso jurídico.

Pouco importa que se defina o crime político no código e entrosado no sistema dêste, ou que se qualifique e discipline em lei separada ou especial. Esta, no caso, não é excepcional. De duração periódica, muito menos. E' crime como os demais da mesma natureza. E tem-se, pôsto isso, o motivo impediendo do argumento, esboçado mais com ânimo de discutir, prevenindo, que de dar por sua legitimidade.

Como lei especial, abrogável é ela pela geral posterior, sempre que seu conteúdo contraste com a norma por esta editada. Sustentou-o tratadista italiano, referindo-se até aos atos dos governos pro-

visórios, entre os quais se incluem, certamente, os mais duradouros, mas de fato, sem organização jurídica definida, como a ditadura brasileira. As prescrições dos governos provisórios, doutrinou, abrogam-se quando contrárias a princípio de ordem pública contido em leis gerais para todo o reino, assim que entre em vigor a norma nova. Vale isso, são de RAGGI os conceitos, considerar a lei penal como inaplicável (*interpretatio abrogans*), onde não seja possível remover sua contradição com outra lei ou algum princípio fundamental de direito (3).

Ora, o princípio fundamental do direito constitucional brasileiro é, no capítulo dos direitos e garantias individuais, o da livre manifestação do pensamento. Todos, em face do art. 179, n. 4, da Constituição do Império, podiam comunicar os seus pensamentos com palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que respondessem pelos abusos que cometessem no exercício dêste direito, nos casos e pela forma, que a lei determinasse. Em qualquer assunto, pelo dito no § 12 do art. 72, do capítulo da declaração de direitos, da Constituição da República, de 1890, era livre a manifestação do pensamento, nos mesmos termos do dispositivo constitucional anterior. Não divergiu, neste particular a Constituição de 1934.

Dês que, pois, ordenanças de governo ditatorial coibiram a manifestação do pensamento, notadamente em matéria de direito constitucional, quando pretendeu impôr ao país, pela força, a doutrina totalitária germânica ou italiãna, puseram-se em contradição nítida com o princípio de ordem pública, secularmente dominante no Brasil e em todos os mais países policiados do mundo. Mudaram-se, porém, em dado momento, o que agora vivemos, as circunstâncias determinantes daquele sistema. Abrogaram-se aquelas normas, por força de novas circunstâncias, que ensejaram a livre manifestação do pensamento, independentemente de censura prévia, mesmo sobre o regime político imposto em 1937, e que tem sido descarnado sem maiores recatos, como se se tratasse de cadáver de indigente, em mesa de necrotério público, submetido a autópsia.

18. Leis outorgadas por ditadores têm valimento e eficácia apenas enquanto perdure o estado de coação permanente do espírito público. Revogam-se por sua repulsa unânime, tanto que se quebrem os grilhões a que o povo ficara submetido. Confina com o asserto o ensinamento de LASKI de independêr a valia da lei não tanto da fonte, de que emane, quanto, e muito mais, de sua aceitação espontânea e generalizada. Expressão apenas de poder, carece o

(3) RAGGI, *Della Legge Penale e della sua Applicazione* (Milão, 1927), pg. 32 e 43.

direito positivo de assento em princípios que lhes sobreparem (4). Coincidente com êsse pensamento é o de CATHREIN. “Sendo”, escreveu êste, “sendo a lei nórma obrigatória, verdadeiramente lei não poderá ser preceito algum contrário à razão. A obediência dos súditos precisa ser racional e não o seria se se lhes exigisse submissão a lei contrária à razão; seria essa obediência, de outro modo, renúncia do homem à sua verdadeira dignidade, à elevada qualidade que possui como ser racional e livre. A lei de NABUCODONOSOR, que prescrevia a admiração de sua estátua, e a de NERO, que exigia honras divinas para o seu cavalo, eram notóriamente imorais e não era lícito obedecê-las, a não se querer obrar imoral e irracionalmente” (5).

Fóra de dúvida, as leis fascistas, que no Brasil imperaram, constringendo as consciências, impondo o silêncio forçado do pensamento, exigindo a admiração incondicional do peão gaúcho, de caudilhismo estilizado pela sua propaganda, insistente e caríssima aos cofres públicos, cederam diante da rebeldia nacional, que é evidente e vitoriosa. Vai para dois meses que as comportas se abriram, impotentes à fôrça das águas. Não existe canto, nem recanto doutrinário ou administrativo, que esteja interdito à critica da imprensa ou da tribuna radiofônica, quando não dos comícios populares, frequentes e desabusados.

19. Em rigor técnico, a lei sòmente por outra lei se revoga, ou derroga. Quando, porém, se legisla torrencialmente, como tem acontecido nêstes sete anos de ditadura fascista, a tal ponto que existem inúmeras leis que não chegaram a executar-se, tendo existência virtual ou potencial simplesmente, muitas caídas em inteiro desconhecimento por ação do tempo; anomalia não é acentuar a fôrça dêste como destruidora das leis ou decretos-leis postos no olvido no mesmo dia em que publicados. O fenômeno é irrecusável. Inúmeros decretos-leis desvitalizaram-se e destituíram-se de autoridade, por abandono deste, autêntico suicídio legislativo. Bateu BINDING na tecla, de singular ressonância, no tocante à inércia do próprio legislador, maior, certamente, quando também êle é o executor. Aludindo à norma penal, advertiu que “quando a inação do legislador repousa na impotência, deixando de conservar a lei, pode-se supôr que não tenha êle querido mais conservar as limitações ou manter

(4) H. LASKI, *O Direito no Estado*, trad. de AZEVEDO GOMES (Lisboa), pg. 20 e 50.

(5) CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, trad. espanhola de JORDEN E BARJA, 3.^a ed. (Madrid, 1941), pg. 54.

as proibições nela estabelecidas, mas, antes de tudo, satisfazer às exigências do desenvolvimento progressivo do direito” (6).

Fato é, inconcusso e sugestivo, que não é mais crime, no Brasil, fazer a propaganda democrática, que é contrária à ordem pública fascista, nos termos da carta de 1937. Desabou sobre ela o temporal dos anátemas de tôdas as consciências livres. A marcha é, inevitavelmente, para a organização política do país nos moldes democráticos, ao sabôr da tradição, mais que secular, de povo livre e senhor de seus destinos.

20. Revogada a lei, sob cujo império tiveram os pacientes, os três grandes brasileiros exilados, o prêmio de sua condenação; revogada, senão explícita, implicitamente, em consequência da mudança de ordem política, que ela se destinava a preservar, quando não pela dessuetude e reprovação geral — tem, necessariamente, que haver-se por cessada a execução da sentença condenatória e todos os seus efeitos penais.

Nem existe por que se mantenha a repressão, no caso. Inspira ao magistério penal e regula-se êle pelo princípio da pena, ditada pela justiça, tanto quanto necessária. “A autoridade”, como advertiu CRIVELLARI, “a autoridade social não tem direito de punir, senão nos limites da pura necessidade; desde que, portanto, o fato não seja mais declarado delituoso, evidentemente, pelo princípio da necessidade de pena, não pôde êle mais punir” (7).

E’ o que se espera que seja proclamado, no caso vertente, pelo mais alto Tribunal do Brasil.

CAPÍTULO IV

Conclusão.

21. Depende a autoridade da lei de sua aptidão para receber o assentimento mais ou menos geral de todos os cidadãos. Lei que se não imponha por motivos racionais aos a quem deva aplicar-se, acaba sempre em impasse e dá em resultado o desdém pela idéia mesma da lei. Disse-o HAROLD LASKI, para quem o problema da liberdade se tornou premente, em virtude de consistir sua salvaguarda a condição sem a qual não há vida civilizada; onde o fascismo aferrolha a liberdade, a flama do espirito humano se extingue. Disse-o o notável professor da Universidade de Londres, ajuntando ser princípio elementar de psicologia criminal a impossibilidade de

(6) BINDING, *Compendio di Diritto Penale*, trad. italiana de BORETTINI (Roma, 1937), pg. 127.

(7) CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia* (Turim, 1890), vol. I, pg. 114.

erigir em crime atos que *a priori* a maioria das pessoas como tal não considera (8).

Se, pois, a maioria da população brasileira não considera crime, antes condição imprescindível da subsistência da Nação, no conúbio universal, a par da liberdade de pensamento, a fôrma democrática de seu govêrno; mas se, de outro lado, govêrno de fato, fascista desde a medula até sua fôrma exterior, cerceiou a liberdade de pensamento e condenou os que, no exercício dêsse direito elementar, pregaram, antevendo os acontecimentos, a necessidade de restaurar-se o regime democrático no Brasil — a sentença, que os condenou, sucumbe ao pêso de gravíssima injustiça, além de incompatível com a ordem política do momento histórico que passa. Não é ela, em tais condições, suscetível mais de ser executada, sem que, para tanto, se subvertam os princípios de direito, sob cuja égide tem vivido, gloriosamente, o povo brasileiro.

Ademais, e antes de tudo, ela se proferiu em processo radicalmente nulo.

23. Cabe *habeas-corpus* sempre que alguém sofra ou se ache na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. Considera, de resto, o art. 648, ns. VI e VII, do código de processo penal, coação ilegal a manifesta nulidade do processo, bem assim a instauração dêste, extinta a punibilidade. Do mesmo modo, é de concluir, o julgamento dêle, ou ainda, a execução da sentença nêle proferida. Que é manifestamente nulo o processo em que se lançou a sentença condenatória dos d^{rs}. ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, OCTAVIO MANGABEIRA e PAULO NOGUEIRA FILHO, à saciedade se demonstrou, sobretudo em face do acórdão de 3 de dezembro de 1944, consignado nos autos do *habeas-corpus* n. 28.872, do Estado de Sergipe. Que a sentença é injusta e inexequível, diante da mudança das condições que alteraram a ordem jurídica, que poderia justificá-la, se nula não fôsse, é de incomparável evidência. Eis a coação ilegal. Violência inaudita, por último, constitúe o exílio forçado dos três brasileiros, sôbre os quais a ditadura desfechou o raio da sua perseguição.

Concedendo-lhes a ordem de *habeas-corpus*, que em favor dêles se impetra, para que cessem a violência e coação ilegais, de que são vítimas, de molde a poderem, livres de culpa e pena, retornar a sua Pátria, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, substituindo o arbítrio pela lei, cumprirá, mais uma vez, sua alta missão, de incorruptível nobreza, como poder moderador das rudezas governamentais e assegurado dos direitos do homem.

(8) HAROLD LASKI, *La Liberté*, trad. francesa de ARNAUD DANDIEU & ROBERT KIÉFÉ (Paris, 1938), pgs. 5 e 121.

Fundações criadas por testamento

Mario Masagão

Muito se tem discutido entre nós, inclusive num rumoroso pleito, se o estabelecimento de fundação por ato de última vontade, onde se destinem bens para seu patrimônio, constitue caso de herança, ou de legado, de conformidade com os termos da instituição.

Rebelamo-nos contra essa maneira de encarar o problema.

E' certo que a fundação, ou já existente, ou ainda em embrião (por ter sido criada por outrem e se achar em via de aperfeiçoamento) pôde ser nomeada, por qualquer testador, herdeira ou legatária.

Mas, quando o próprio testador a institue, destinando-lhe bens livres, — tal destinação não constitue herança, nem legado. E' ato jurídico de outra espécie, a saber, *doação*.

Esse é o princípio vigente em nosso direito positivo, como adiante demonstramos. E domina atualmente no direito de todos os países cultos, com excepção da França.

Semelhante excepção ocorre porquê a doutrina francesa, apesar de antiquíssima tradição jurídica em contrário, está empedernida em negar a própria figura da fundação autónoma, desconhecendo-lhe personalidade, e explicando-a com as formas mais disparatadas, como "doação onerosa", "depósito de capital com mandato anexo", e outras que tais. (Vejam-se PLANIOL e RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, ed. de 1925, vol. I, § 78; LEVY-ULMANN ET GRUNEBaum-BALLIN, *Essai sur les fondations par testament*, in Re-

vue Trimestrielle de Droit Civil, 1904, pg. 235; FÉNÉLON, *Les fondations et les établissements ecclesiastique*, 1902 pg. 83; DEJUST, *Fondations des messes*, pg. 30, e outros).

Na Alemanha é de longa data pacífico, assim na doutrina como na jurisprudência, que a destinação de bens, constitutiva da fundação, não é instituição de herdeiro, nem de legatário, mas *dotação*, figura inconfundível com aquelas outras, porque tem o fim especial de dar vida a uma nova pessoa jurídica, consubstanciada nos próprios bens que para isso se reservam. E nenhuma dúvida póde rasoavelmente surgir nêssa matéria diante das demonstrações feitas por WARNEYER, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch fuer das Deutsch Reich*, Tuebingen, 1930, vol. I, pgs. 104 e segs; SARTORIUS, palavra “Stiftungen”, no *Worterbuch Deutschen Staats-und Verwaltungsrechts*, de STEN- GEL e FLEISCHMANN, Tuebingen, 1914; OERTMANN, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen*, Berlin, 1927, pg. 215 e segs; PLANCK, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch nebst Einfuehrungsgesetz*, Berlin, 1913, vol. I, pg. 151 e segs; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Buergerlichen Rechts*, Leipzig, 1910, vol. I, pg. 599, e, em geral, por todos os civilistas alemães modernos.

Na Itália o mesmo princípio é exposto e aceito pelos mais recentes autores, e magnificamente defendido pelo egrégio ROMANO, *Fondazione e Dotazione di Persone Giuridiche*, em *Il Foro Italiano*, 1912, vol. III, coluna 36 e segs; por COVIELLO, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, Milano, 1924, pg. 217 e *passim*; por FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, pgs. 792 e segs., e outros. E a jurisprudência italiana já vai consagrando a doutrina, apesar de alguns julgados ainda se prenderem à antiga concepção da fundação testamentária como instituição de herdeiro ou de legatário.

Esse retardamento da jurisprudência tem na Itália causa especial, inexistente no Brasil, e que é, no dizer de ROMANEL-

LI, a deficiência da lei italiana quanto a normas sôbre pessoas jurídicas: “E ciò si dovette en gran parte alle deficienze del nostro sistema legislativo cosi povero di norme generali in materia di persone giuridiche” (*Il Negozio di Fondazione*, Napoli, 1935, pg. 13).

No Brasil a legislação exclúe dúvidas.

Realmente, no art. 16 n.º I da Parte Geral, o Código Civil inclúe as fundações entre as pessoas jurídicas de direito privado. Incontestável, assim, a personalidade, de que élas se revestem.

O áto de destinação de bens, institutivo da fundação, tem, consequentemente, por objeto, *criar uma pessoa jurídica*, que deve cumprir a finalidade visada pelo instituidor.

A nomeação de herdeiro, ou de legatário, supõe a existência, atual ou embrionária, do sujeito, a quem a liberalidade beneficia.

A instituição da fundação, ao contrário, visa personalizar os próprios bens, isto é, transformar êsses bens em pessoa jurídica, atribuindo-lhes fim especial a que, como pessoa, ficarão ligados.

Por isso é que CLOVIS define a fundação “uma universidade de bens personalizada em atenção ao fim, que lhe dá unidade” (*Cod. Civ. Comentado*, Obs. I ao art. 24). E ESPÍNOLA define-a como “o complexo de bens destinado a certo fim, e que, para conseguí-lo, assume o carater de pessoa jurídica.” (*Anotações ao Cod. Civil*, vol. I pg. 404).

Além dessa diferença, que distingue visceralmente o áto creador de fundação do áto que institue herdeiro ou legatário, ocorrem as seguintes:

I — A nomeação de herdeiro ou de legatário somente pode ser feita por testamento. Ao contrário, a destinação de bens, constitutiva de fundação, tanto pode ser feita por testamento como por qualquer escritura pública (*Cod. Civil*, art. 24).

II — O herdeiro, ou legatário nomeado, recebe o benefício somente quando se abre a sucessão. Ao contrário, a fundação, quando decorrente de ato *inter vivos*, opera a deslocação dos bens do instituidor durante a vida deste.

O crear-se a fundação por testamento nada tem, pois, de comum com a instituição de herdeiro ou de legatário. Como negócio jurídico autónomo, tem também denominação especial, que acertadamente lhe dá a nossa lei: é uma *dotação*. (Código Civil, art. 24).

Se ninguém confunde uma fundação feita por escritura pública simples com a nomeação de herdeiro ou de legatário, porquê há de surgir a confusão quando o instituidor prefere realizar a dotação por testamento?

Como observa ROMANO, “il testamento è un atto che, se normalmente serve per disporre, *mortis causa*, delle proprie sostanze in favore d’una o più persone, può anche contenere altre numerose ed indeterminabile manifestazioni di volontà. (*Fondazione*, cit., col. 38). Vide também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Coimbra, 1929, vol. I, pgs. 771 e 772).

Diante dos termos inequívocos do art. 24 do nosso Código Civil, é absolutamente certo que o nosso direito consagra, nesta matéria, a conclusão a que chegaram os autores germânicos, e que, apesar das deficiências da lei italiana, ROMANELLI exprime dizendo que, quanto à fundação, “la volontà espressa nel testamento, od in un atto *inter vivos*, è principalmente diretta a far sorgere una persona giuridica, chiamare in vita un nuovo soggetto di diritti. Onde il negozio di fondazione non è nè vocazione di erede, o legato, nè donazione, ma un negozio che, esaminato in sè e per sè, e nelle finalità che si propone, assume una figura caratteristica, che gli da un proprio contenuto ed una propria autonomia.” (*Il Negozio di Fondazione*, cit., pg. 12).

Éssa é a verdade jurídica.

Os poucos escritores que, em alguns países, não a vislumbraram, debatem uma questão antiga, que em nosso direito atual não tem sentido. E' a questão de saber se a fundação instituída em testamento, e que só se aperfeiçoará depois de morto o testador, tem capacidade para ser contemplada no próprio testamento.

Repetimos que tal questão não tem sentido no nosso direito atual, porquê não se pode distinguir a criação da fundação da própria destinação de bens, que o testador faz.

Não existe a pessoa da fundação, separadamente dos bens que a constituem. Não se pode discutir sua capacidade para receber os bens, pois estes próprios é que se personalizam, e passam a constituir a fundação, depois de cumpridas as formalidades legais.

Em suma, a questão de capacidade, que existe em relação a herdeiros ou legatários, não tem cabimento a propósito do instituto autónomo, que se chama *dotação*.

Supondo-se, porém, que, ainda entre nós, e apesar do disposto no art. 24 do Código Civil, alguém confundisse a dotação com a instituição de herdeiro, ou de legatário, e quizesse discutir a questão da capacidade, — nessa hipótese a conclusão seria pela existência de capacidade plena, pois de outra forma não se poderia cumprir aquele art. 24, que permite a fundação, com dotação de bens, por testamento.

O ponto ficou bem esclarecido quando se elaborava o Código Civil.

Havendo estabelecido os casos de incapacidade para receber por testamento, o "Projeto Clovis" consignou uma excepção em favor das fundações, nêstes termos: "Art. 1843 — A disposição para creação de uma fundação é válida." (*Trabalhos da Câmara*, vol. I, pg. 152).

RUY BARBOSA objetou que êsse artigo era supérfluo, porquê, se o Código autorizava instituir-se fundação por ato de última vontade, não era mister declarar, em outro

artigo, a validade dêsse áto. (*Trabalho do Senado*, vol. I, pg. 526).

O Senado concordou com RUY, e suprimiu o preceito redundante, ficando apenas mantido o texto do atual art. 24.

Casos ha, entretanto, em que a questão da capacidade pôde realmente surgir, com interesse juridico. Esses casos são três:

1.º — O testador institue a fundação, pela dotação de bens livres, especificando o fim, a que se destina, e, *além disso*, em seguida, nomeia a *mesma* fundação sua herdeira, ou legatária, quanto a outros bens.

2.º — O testador estabelece, para alguém, o encargo de instituir uma fundação, (instituição fiduciária) — e, do mesmo passo, nomeia tal fundação futura sua herdeira, ou legatária.

3.º — Algum testador nomeia sua herdeira ou legatária uma fundação que foi instituida por outrem, e que ainda se acha em via de aperfeiçoamento.

Em qualquer desses três casos pode perguntar-se se a fundação, que ainda não se acha completamente acabada, já terá capacidade para adquirir por testamento, à vista do disposto nos arts. 1717 e 1718 do Código Civil.

Mas a solução correta é pela afirmativa.

A fundação que está em vias de aperfeiçoamento, isto é, que se acha em estado de embrião, é equiparada, no direito de todos os povos cultos, ao nascituro, para efeitos sucessórios. Como no caso do nascituro, a capacidade da fundação, adquirida pela legalização completa, retrotrai, abrangendo a fase embrionária, e alcançando, portanto, a abertura da sucessão, que a beneficiou.

Tal equiparação ao nascituro funda-se na necessidade de proteger entes morais, cuja conservação interessa alta-

mente à sociedade, dados os seus fins de utilidade geral. Vejam-se ao propósito ENDEMANN, *Lehrbuch des Buergerlichen Rechts*, 9.^a ed., vol. III, pg. 97; ARNOLD ESCHER, *Das Erbrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, vol. III, comentário ao art. 539; RICCI, *Corso di Diritto Civile*, vol. IV, n.º 289; CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. I, n.º 110; CLOVIS, *Observação 2* ao art. 1717 do Código Civil.

Medidas de Segurança

Basileu Garcia

SUMÁRIO: 1 — Pena e medida de segurança. Os critérios teóricos de diferenciação. 2 — O princípio da legalidade e a aplicação retroativa dos preceitos alusivos a medidas de segurança. 3 — A existência de uma infração penal é pressuposto da aplicação de medida de segurança. Exceções à regra. 4 — Indeterminação do lapso de execução das medidas de segurança pessoais. 5 — Avaliação da periculosidade. A periculosidade presumida. O problema da reincidência. Carater relativo da presunção legal. 6 — Oportunidades da aplicação de medida de segurança. 7 — Sua execução. 8 — Flexibilidade do poder jurisdicional. 9 — Fuga e reinício da execução. 10 — Os tipos de medidas de segurança no direito brasileiro. 11 — Internação em manicômio judiciário. 12 — Internação em casa de custódia e tratamento. 13 — Internação em colônia agrícola, instituto de reeducação, de trabalho ou de ensino profissional. 14 — Liberdade vigiada. 15 — Exílio local e proibição de frequentar determinados lugares. 16 — Interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação. 17 — Confisco. 18 — A expulsão de estrangeiro perante a medida de segurança. 19 — Medida de segurança e contravenção. 20 — Síntese das peculiaridades diferenciais entre a pena e a medida de segurança, deduzida dos nossos textos legislativos. Propostas doutrinárias tendentes à maior diversificação prática entre os dois institutos de reação social contra a criminalidade.

* 1. As medidas de segurança, sem dúvida o mais importante empreendimento do Código Penal de 1940, são,

* Do curso realizado na Faculdade de Direito de São Paulo.

na ciência penal, tantas vezes secular, um instituto ainda muito novo. Conquanto hajam aparecido, na doutrina e nas aplicações práticas, já em fins do século passado, só de uns anos a esta parte vêm ganhando terreno e conquistando posição de realce nas legislações.

Elas constituem meios defensivos da sociedade. Visam preservar o ambiente social da ação nefasta do delinquente. Mas, pergunta-se: acaso a pena também não é medida de defesa?

Nas divergências que dividem os criminalistas acerca dos fins da pena, reuniu decisivas adesões a orientação de considerá-la como um meio de defesa da sociedade, preferentemente a manifestação de castigo. Através de tal concepção dos seus fins utilitários, a pena aproxima-se bastante da medida de segurança. Os escritores, todavia, têm evitado estabelecer separação entre as duas espécies de providências, atribuindo, a cada uma das formas de reação contra o delito, traços característicos próprios.

Há certa dose de artificialismo nessa tarefa, enquanto paira no plano doutrinário. Mas na concretização dos textos legislativos os dois institutos se vão distanciando, através das peculiaridades de organização que lhes são prefixadas.

Antes de penetrar no exame dos preceitos legais, para mostrar em que consistem, especialmente na legislação criminal brasileira, as distinções a assinalar, procuremos indicar os aspectos diferenciais que têm sido preconizados no campo doutrinário.

Tem-se dito que a pena continua a ser um castigo, ainda que, cada vez mais, se pretenda expungí-la do caráter retributivo e expiatório. Embora se intente, na sua execução, evitar afligir o condenado, causar-lhe um sofrimento que o faça recebê-la como punição, na verdade a pena jamais perderá, no consenso geral, a eiva de paga do mal pelo mal, *malum passionis quod infligitur ab malum actionis*. Ora, em contraposição, as medidas de segurança não traduzem

castigo. Foram instituídas ao influxo do pensamento da defesa social, atendendo à preocupação de prestar ao delinquente uma assistência rehabilitadora.

À pena — acrescenta-se — invariavelmente se relaciona um sentimento de reprovação social, mesmo porque se destina a punir, ao passo que às medidas de segurança não se volta a pública animadversão, exatamente porque não representam senão meios assistenciais e de cura do indivíduo perigoso, para que possa readaptar-se à coletividade.

As penas são proporcionadas à gravidade do delito. Quer na sua fase cominatória, nos textos abstratos da lei, quer na sua fase de aplicação pelo juiz, existe relativa proporcionalidade entre a maior ou menor potencialidade lesiva da infração e a respectiva pena. Ao revés, no que concerne às medidas de segurança, não há indeclinável relação entre o delito e a maior ou menor intensidade de tais medidas, que, sob a influência de um critério estritamente subjetivista, se proporcionam tão só à periculosidade do criminoso. Este pode ser um indivíduo deveras temível e ter praticado uma infração insignificante. Nem por isso estará livre de medida de segurança das mais rigorosas, com restrição a um dos seus mais valiosos bens jurídicos, particularmente a liberdade.

Advirta-se, a esse respeito, que existe harmonia entre a externalização prática das penas e a das medidas de segurança. Tanto aquelas como estas se endereçam às mesmas espécies de bens jurídicos. Quando se impõe uma pena, ofende-se o delinquente em sua liberdade ou em seu patrimônio (em nossa legislação penal comum, não se cogita de ofensa ao direito à vida, visto que não possuímos, senão na legislação especial, a pena de morte). O mesmo acontece com a medida de segurança, que se consubstancia em restrições à liberdade ou ao patrimônio.

Assim temos sumariado alguns dos pretendidos sinais distintivos. E acabamos, também, de estabelecer a aproximação inegável entre umas e outras providências, através

de um aspecto importante: a identidade de natureza dos bens jurídicos a que se endereçam as duas modalidades de combate ao delito.

Em verdade, a diferenciação não é muito convincente. Acaso a medida de segurança deixará de ser recebida, por quem a cumpre, como uma punição? Não importa proclamar-se que a medida de segurança não castiga, quando é certo que ao impô-la se obriga, por exemplo, um homem a privar-se da liberdade, por anos a fio. Com a expressiva circunstância, ainda, de que um dos característicos jurídicos da medida de segurança é a sua indeterminação, que não tem sido admitida pela generalidade das legislações em relação às penas.

Os anátemas da consciência social que, segundo se imagina, acompanham a pena, pouparão, porventura, o indivíduo submetido a medida de segurança? Ainda é discutível(1). Afinal, o que logicamente se deve esperar que a censura pública alcance é o crime, não determinadas espécies dentre os métodos de guerrear-lo. Se o crime é antecedente obrigatório da pena, também o é, quasi sempre, da medida de segurança. E será possível apreciar a intensidade, o valor e mesmo a positiva existência de algo abstrato, como é o suposto estigma emanado do entendimento popular?

O esteio menos inseguro da distinção parece que se reduz a que é exclusivamente a periculosidade do criminoso que decide da aplicação das medidas de segurança, enquanto na da pena se tem em vista o crime em si mesmo, em seus

(1) P. CORNIL, com a sua experiência de diretor da Prisão escola de Hoogstraeten, opina que, seja a providência defensiva da sociedade executada em um cárcere, propriamente dito, ou em um estabelecimento de educação ou em uma colônia para vagabundos ou reincidentes, é sempre o mesmo o estigma de reprovação que atingirá o indivíduo, no consenso geral. O liberado, conclue, qualquer que seja a natureza do instituto de que saiu, é sempre considerado como um egresso da prisão *Alcune considerazioni sugli effetti dell'internamento dei delinquenti*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1935, p. 78").

dois elementos, objetivo e psíquico: a materialidade do fato e a culpabilidade.

Os mais denodados defensores da diferenciação colocam o aspecto psíquico à luz do princípio da periculosidade, frisando que a pena, por isso que reclama imputabilidade e voluntariedade, é inconfundível com a medida de segurança, que as dispensa. Assim, BATTAGLINI. Nítida, declara, é a diferença: “quando nos encontramos perante alguém que é simplesmente perigoso, o senso comum exprime um juízo de valor totalmente diverso do que manifesta em face de um indivíduo *culpado*. O direito não pode desatender a esse dado da realidade” (2).

Mas ainda através desse prisma objeções são suscitáveis. O direito penal contemporâneo leva muito em conta, para a aplicação da pena, a periculosidade. Certas circunstâncias, consideradas pela lei como agravantes, têm a sua razão de ser na evidente revelação de perigo social do agente contra o qual militam. A tarefa judicial de fixação da pena é, em grande parte, um trabalho de apreciação da periculosidade, como, no direito brasileiro, promana do art. 42 do Código Penal.

De outra parte, veremos, no estudo dos textos legais, que as medidas de segurança conservam certa correlação com a variável gravidade dos crimes. Nem seria possível banir todo paralelismo, porquanto a maneira de ser do delito e o modo de praticá-lo o delinquente contribuem para aferir-se a periculosidade, da qual a conduta criminosa é o mais significativo sintoma.

A substancial identidade entre penas e medidas de segurança, escreve SABATINI (3), foi reconhecida quando os maiores criminalistas, repelindo as velhas doutrinas místicas e expiacionistas, atribuíram à pena, como sua função basi-

(2) G. BATTAGLINI, *Diritto Penale — Teorie Generali*, Bolonha, 1937, p. 378.

(3) G. SABATINI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1.º vol., 1935, p. 525.

lar, um escopo preventivo. Não existe, diz, entre as penas e as medidas de segurança, ontologicamente, nenhuma diferença de conteúdo, nem uma clara e precisa linha demarcatória. Entrelaçam-se os objetivos e efeitos de umas e outras. A pena, a um só tempo, é meio de repressão e prevenção (4), porquanto, reprimindo e ameaçando, previne a realização de novos delitos pelo culpado e pelos destinatários da norma penal, em geral. A seu turno, a medida de segurança, preventiva porque anula ou atenua, as causas individuais de novos delitos, não deixa de constituir meio repressivo, quando, no intuito de modificar a personalidade do delinquente, se materializa numa limitação, maior ou menor, de direitos referentes à liberdade ou ao patrimônio.

A despeito da diminuta valia dos critérios teóricos de diferenciação, o empirismo legislativo outorga às medidas de segurança uma regulamentação especial, que reclama a nossa atenção. Nela se entrevêm derrogações e limitações das normas instituídas para as penas.

2. Importante, sob tal aspecto, é o art. 75 do Código Penal, que diz o seguinte: “As medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”. Esse texto lembra-nos o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Relativamente aos delitos, não é possível a aplicação de pena que não conste expressamente de um texto anterior à prática da infração. Aplica-se, sem restrições, à repressão dos crimes, a máxima: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Esse princípio não vigora, inteiramente, para as medidas de segurança. Decorre do art. 75 não ser possível a aplicação de medida de segurança sem lei anterior que a regule. As medidas de segurança não

(4) ASÚA (*La Unificación del Derecho Penal en Suiza*, Madrid, 1916, p. 234) recorda, a propósito, a frase de LISZT: “O tempo da estrita separação entre prevenir e reprimir já passou, e não nos devemos admirar de ver figurarem em um Código Penal medidas de simples segurança”.

podem ser impostas discricionariamente. São estritamente legais. É preciso que uma lei as estabeleça, que um preceito as defina, para que possam ser utilizadas. Não é, porem, indispensavel que o texto referente às medidas de segurança anteceda a prática do crime: basta que anteceda a execução da medida de segurança.

Insofismavel, portanto, é a retroatividade dos preceitos alusivos a medidas de segurança, em relação ao fato criminoso denunciador de periculosidade. E mais se acentua a sua força retroativa considerando-se que o advento de uma lei modificadora, já ao tempo da execução da medida, influirá sobre o seu regime.

A razão está em que as medidas de segurança têm em alvo a periculosidade do delinquente, que está presente, integral, no momento em que vai ser imposta a medida em virtude de lei. Ao passo que as penas são fundamentalmente proporcionais à gravidade do crime, que é definido pela lei e cuja importância na seriação, na escala das infrações, resulta de preceitos penais prévios. As penas encaram o passado. As medidas de segurança voltam-se para o futuro. As penas alicerçam-se no fato de autoria e responsabilidade do delinquente, fato já consumado. As medidas de segurança têm em mira os males que ele poderá perpetrar, os delitos a decorrerem do seu estado perigoso, que necessita ser obviado.

Com essa justificação poder-se-ia mesmo ser induzido a afirmar, teoricamente, que o instituto que estudamos não infringe o princípio da irretroatividade das normas penais. Se as medidas de segurança agem em função de uma potencialidade perigosa a exteriorizar-se, dir-se-á, não regem o passado. A justificação seria completa se não fosse pressuposto do emprego de qualquer dessas medidas a pretérita ocorrência de uma infração à lei penal.

3. A periculosidade de um indivíduo pode ser revelada por um crime e, também, por um comportamento não criminoso. Receou, todavia, o legislador, ampliar excessiva-

mente a órbita do novo instituto e, a exemplo de outros estatutos, dispôs que, em princípio, só se aplicará medida de segurança a pessoa que tenha cometido infração à lei penal. Abrem-se duas exceções: aplica-se a medida chamada liberdade vigiada ao autor de tentativa absolutamente impossível e nos casos de ajuste, determinação ou instigação e auxílio para crime que não chega a ser tentado. É condição seja perigoso o acusado, condição, aliás, sempre de considerar-se em matéria de medida de segurança (art. 76 e parágrafo único do Código Penal).

4. Da premissa de que as medidas de segurança objetivam combater a periculosidade, deriva uma consequência digna de ser destacada. Elas seriam inaptas ao mister a que se dirigem se fossem predeterminadas na sua execução, isto é, se estivessem sujeitas a prazos fatais. Nunca se pode dizer qual é o tempo indispensável para reduzir-se à inocuidade um delinquente perigoso. Eis porque, ao passo que em relação às penas se conserva o sistema de determinação, não podendo as privativas de liberdade exceder o limite a que é condenado o infrator, no que respeita às mais importantes medidas de segurança é um característico do seu sistema a indeterminação, como corolário da assertiva de que elas visam coartar a periculosidade.

Exprime-o o art. 81 do Código Penal: “Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso. § 1.º — Procede-se ao exame: I — ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança; II — anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança; III — em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância. § 2.º — Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo”.

Apreende-se desse texto que as medidas de segurança pessoais não poderão ser revogadas enquanto não cessar a causa que as originou, enquanto não se comprovar o desaparecimento do perigo social, encarnado no delinquente. A lei aponta, então, prazos para a verificação da periculosidade, para se saber se já se extinguiu. De tempos a tempos faz-se um exame: o primeiro é realizado na época em que deveria terminar, normalmente, a medida de segurança. Porque o juiz, quando a impõe, lhe estabelece um tempo de duração mínimo. Se o exame der resultado contrário ao paciente, deverá ser renovado ao fim de mais um ano ou, se tiver a medida sido imposta por lapso inferior a um ano, ao fim do prazo de duração, e assim sucessivamente, repetindo-se anualmente, na primeira hipótese, e a intervalos iguais ao tempo de duração da medida, na segunda hipótese, até que se chegue, se possível, a conclusão favorável.

Esse sistema, entretanto, seria capaz de por em sério risco o direito à liberdade individual. Poderia dar-se que determinado autor de crime não fosse realmente perigoso, que se verificasse plenamente a ausência da sua periculosidade, apesar de que não houvesse chegado ao término do prazo mínimo estabelecido na lei. E, então, o legislador cautelosamente incluiu uma válvula para evitar demasias: permitiu que o Tribunal de Apelação, a requerimento, quer do acusado ou de pessoas que o representem, quer do próprio Ministério Público, ordene, fora das épocas normais, a realização de exames relativos à periculosidade (5).

(5) A despeito da sua geral similitude com a legislação italiana, a nossa disciplina legal das medidas de segurança oferece, relativamente àquele modelo, e com inegável vantagem, uma diferença de vulto. Ao contrário do que acontece no direito brasileiro, no Código Rocco a duração mínima da medida de segurança pessoal não é susceptível de ser obstada por determinação de Tribunal superior. “A revogação”, diz o art. 207 daquele diploma, “não pode ser ordenada enquanto não decorrer o tempo correspondente à duração mínima estabelecida pela lei para cada medida de segurança”. A revogação pode, porem, dar-se antes de findar-se o prazo mínimo, mediante decreto do ministro da Justiça. Mas a natureza excepcional de um tal decreto permite assegurar que no direito italiano,

O Código de Processo Penal regula com minúcias a verificação da persistência ou desaparecimento da periculosidade (arts. 775 a 778).

Em meio às diferenças empiricamente firmadas na lei entre as penas e as medidas de segurança, sobressai, como indubitavelmente a mais notável, essa, proveniente da duração indeterminada de tais medidas. Não possuímos penas perpétuas. Uma disposição constitucional proíbe-as peremptoriamente. Entretanto, as medidas de segurança pessoais, condicionada a sua cessação ao desaparecimento da periculosidade, podem tornar-se, iniludivelmente, perpétuas.

Sem o caráter indeterminado da sua duração, as medidas de segurança seriam inaptas para a sua função essencial: anular a periculosidade. Limitá-las irremediavelmente no tempo equivaleria a tolhê-las, em inúmeros casos, de atingir a sua finalidade. Representaria isso uma incongruência. E então seria melhor que ficássemos só com o instituto das penas, sem a inovação.

A escola positiva era infensa a distinções entre os meios de defesa social. Constituíam todos, simplesmente, sanções (6). Nesse sentido dispunha o projeto FERRI, de 1921.

conquanto indeterminadas em seu máximo, as medidas de segurança pessoais são determinadas em seu mínimo. No direito brasileiro, o fácil recurso ao Tribunal de Apelação comunica também ao limite mínimo o caráter de indeterminação.

A "Relazione Ministeriale al Progetto Definitivo" procura justificar o sistema do mínimo irrevogável nas medidas de segurança. DE MARSICO contradita a argumentação, vislumbrando no mecanismo adotado a intercorrência de princípios que só têm cabimento para as penas (*Il Codice Penale Illustrato Articolo per Articolo*, direção de UGO CONTI, 1.º vol., Milão, 1934, p. 891).

(6) No Congresso Internacional de Direito Penal de Bruxelas (1926), os penalistas argentinos JORGE E. COLL e JUAN P. RAMOS, partidários da unificação das providências anti-criminais, opinaram que nenhuma palavra seria melhor do que a do projeto FERRI, *sanções*, para designar, nos Códigos do futuro, simultaneamente, a pena, conforme ao conceito clássico, e a medida de segurança, do conceito experimental moderno. Já o mestre francês JEAN-ANDRÉ ROUX, defensor da tese dicotômica, enquanto acolhia o movimento de progresso em favor das medidas de segurança, pugnava pela conservação da idéia de responsabilidade moral e de pena, que é a sua conse-

O dualismo, que veio a predominar nas legislações, — penas e medidas de segurança — exorbita ao seu sistema. A dificuldade de sustentar a diferenciação ontológica poderia ter conduzido o legislador brasileiro a uma disciplina unitária da matéria, se não fosse o empecilho trazido pela proibição constitucional de indeferimento das penas, a qual conduz à sua eventual perpetuidade (7). O óbice foi, como se vê, jeitosamente arredado, chamando-se “medida de segurança” à segregação perpétua...

5. Como se aprecia a periculosidade?

Nela se deve identificar, não a mera possibilidade, mas a probabilidade de que o individuo tornará a delinquir (8).

O Código Penal não poderia desamparar o juiz de critérios para avaliá-la, no desempenho de uma função psicológica extremamente delicada.

Em certos casos, o legislador presume a periculosidade, como consectário de determinados fatos, taxativamente mencionados. Em outros casos, confia o exame ao juiz. Na verificação da periculosidade não presumida, deverá o juiz atender ao disposto no art. 77 do Código Penal, observando a personalidade do imputado, investigando os seus

quência, como elemento de disciplina e ordem na sociedade (*Jurisprudência Argentina*, vol. 25.º, 1927, ps. 43 e segs., secção doutrinária, sobre o Congresso Internacional de Direito Penal).

(7) Um dos autores do nosso Código, ROBERTO LYRA, a quem se afigura de invencível artifício a distinção entre pena e medida de segurança, reconhece que o novo estatuto a acolheu para contornar o preceito do art. 122, n.º 13, da Constituição de 1937, proibitivo da perpetuidade das penas (*Comentários ao Código de Processo Penal*, edição da *Rev. Forense*, 6.º vol., Rio, 1944, p. 400).

(8) *Tornará a delinquir* é expressão que emprego partindo da regra geral da necessidade de um fato objetivamente criminoso como antecedente da aplicação de medida de segurança, regra que comporta, em nosso direito, as duas exceções já indicadas (n.º 3).

Cogitando, porem, de tais exceções, o art. 77 fala na suposição de que o delinquente *venha ou torne* a delinquir: “Quando a periculosidade”, preceitua esse dispositivo, “não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o individuo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”.

anteriores, os motivos e as circunstâncias da sua conduta, afim de lhe apurar possível capacidade criminógena.

A idéia de periculosidade, a presidir a administração dos processos de combate à delinquência, é a mais incontestável realização legada pela escola positiva ao direito objetivo. Em seus primórdios, o conceito foi expresso por diferente palavra — temibilidade, que GAROFALO definia como a perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade de mal previsto, que dele caberia esperar (9).

“Presumem-se perigosos”, diz o art. 78, “aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena”. Os isentos de pena em virtude do art. 22 são os indivíduos absolvidos pela dirimente da imputabilidade absoluta — os enfermos ou deficientes mentais sem discernimento. São aqueles que, ao tempo da ação ou da omissão, eram inteiramente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com o seu entendimento, em consequência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Em segundo lugar, presumem-se perigosos os indivíduos “referidos no parágrafo único do art. 22”: são os delinquentes de imputabilidade restrita, ou fronteiriços, os semi-loucos, os “demi-fous”, de que falava GRASSET. Em terceiro lugar, “os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez”. Em quarto lugar, “os reincidentes em crime

(9) Incontestável é a vantagem da expressão *periculosidade* (ou *periculosidade social*, como diz, mais extensamente, o Código italiano, art. 203), sobre o vocábulo *temibilidade*. O indivíduo será temível por ser perigoso. A sua temibilidade, fenómeno de projeção ambiental, é decorrência do seu pessoal estado perigoso.

Todavia, é curiosa a argumentação de MANZINI ao assinalar a sua preferência. Aferrado aos preconceitos do classicismo penal, ele jamais tolera sem restrições as vitórias da corrente adversa. “A lei”, expôs o ilustre penalista do defuncto fascismo, “a lei acolheu com justeza o critério da *periculosidade social*, e não o da *temibilidade*, adotado por alguns positivistas. Temer uma pessoa é sentimento de pusilanimidade (*viltà*) ou fraqueza, que, se é próprio de indivíduos medrosos, não se pode conceber no Estado, e muito menos no Estado fascista” (*Istituzioni di Diritto Penale Italiano, Pádua, 1935, p. 253*).

doloso”; e, em quinto lugar, “os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeteiros”. Em qualquer dessas hipóteses dispensa-se ao magistrado o trabalho de verificação da periculosidade. Esta existe, reconhecida pela lei.

Por aí vemos que as medidas de segurança — e eis um dos seus aspectos importantes no terreno das disposições legais — tanto se podem aplicar a delinquentes condenados como a delinquentes absolvidos. Os indivíduos a que alude o art. 22, isto é, os enfermos mentais inimputáveis, são absolvidos, o que não impede fiquem submetidos a medidas de segurança.

Note-se a referência aos reincidentes em crimes dolosos. Foi mesmo o problema da reincidência um dos que em maior notoriedade colocaram a matéria das medidas de segurança, na doutrina e na prática criminais. As legislações nos moldes clássicos eram impotentes para refrear a reincidência. Tornavam à conduta anti-social, inúmeras vezes, delinquentes já punidos, numa desanimadora demonstração do fracasso das penas, como processo reeducativo e regenerador. Parecia que novos métodos de combate a esses indivíduos deviam ser escogitados. Surgiram as medidas de segurança e, com elas, a esperança de solução do desconcertante problema da recaída no crime (10).

A fixidez da duração das penas fazia com que o reincidente recobrasse a liberdade ainda que não estivesse em condições de voltar, sem perigo, ao convívio social. Atualmente, no direito brasileiro, o reincidente em crime doloso está sujeito a ficar segregado da sociedade por tempo ilimitado, ainda que lhe seja imposta uma breve pena de prisão, e isso

(10) Comenta LogoZ que na Suíça o dispositivo legal que instituiu a segregação, por tempo indeterminado, dos delinquentes habituais, como medida de segurança, foi recebido como um dos maiores progressos alcançados naquele país pelo direito penal (PAUL LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse*, parte geral, 1939, p. 190).

em consequência do caráter indeterminado do tempo de execução da medida de segurança cabível.

A presunção de periculosidade cede, em certos casos, a prova em contrário. E' o que se exprime nos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 78. Pode dar-se que se delibere acerca da aplicação de medida de segurança a indivíduo presumidamente perigoso muito tempo depois do fato delituoso. E' possível que tenha cessado, na verdade, a periculosidade que a lei presumiu existir.

Por circunstâncias especiais, como, por exemplo, a tardia descoberta do acontecimento criminoso ou a fuga do acusado, o processo chega à fase de sentença vários anos depois da prática da infração. Com atinência ao estabelecido no § 1.º citado, deixar-se-á de levar em conta a presunção. Ainda: como a execução das medidas de segurança é posterior à das penas, deve ser feita efetiva verificação da periculosidade antes de iniciar-se a execução das mencionadas medidas, quando houverem decorrido os lapsos de tempo a que alude o § 2.º (11). Ressalva-se, nesse parágrafo, o disposto no art. 87, e tal restrição significa, principalmente, que, passados cinco anos da data em que o sentenciado terminou o cumprimento da pena, se não tiver sido iniciada a execução da medida de segurança que acaso lhe haja sido imposta, não poderá mais ser executada, desde que ele não tenha voltado a delinquir durante aqueles cinco anos. Considera-se a regularidade da sua conduta em

(11) A contingência de se averiguar se perdura a periculosidade antes do início da execução da medida de segurança é mais comum do que o faz supor o art. 78, § 2.º, do Código Penal. O livramento condicional pode ser concedido a sentenciados que, por serem considerados perigosos na ocasião do veredictum condenatório, ficam sujeitos a medida de segurança, a executar-se depois de cumprida a pena. A concessão do favor legal depende de ausência ou cessação da periculosidade (art. 60, n. II). O beneficiário isenta-se, mesmo, da medida de segurança (art. 66). Assim, ainda antes dos prazos de dez a cinco anos a que alude o art. 78, § 2.º, ter-se-á de verificar se continua perigoso o recluso ou detento que esteja para ingressar no derradeiro estágio da pena, o de liberdade condicional.

todo esse lapso de tempo como prova de que cessou a sua periculosidade.

A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para sujeitar o condenado a medidas de segurança pessoais, diz o art. 7.º do nosso Código. Mas a presunção de periculosidade, decorrente acaso do fato, não será admitida. O § 3.º do art. 78 manda que se verifique a periculosidade.

6. Em que ocasião deve ser aplicada medida de segurança? O artigo 79 do Código Penal regula a matéria, que é também subsidiariamente prevista em diversos preceitos do Código de Processo Penal (arts. 751 e seguintes.) Verifica-se, de uma apreciação sistemática acerca de tal ponto, que a medida de segurança pode ser aplicada pelo julgador antes da sentença que vai proferir na causa, no momento da sentença e depois dela.

Antes da sentença, poderá aplicar medida de segurança em caráter provisório, nos termos do artigo 80 do Código Penal, aos irresponsáveis por enfermidade ou deficiência mental e a ébrios habituais ou toxicómanos, que tenham delinqüido em consequência dessas suas condições anômalas. Esclarece o parágrafo único que na duração definitiva da medida de segurança será computado o tempo da aplicação provisória.

A providência é análoga à prisão preventiva, que substitue verdadeira antecipação da pena privativa de liberdade, em cuja expectativa é decretada, nos casos, previstos no Código de Processo Penal, em que tão grave restrição é reclamada pelo interesse da Justiça.

No ato da sentença o juiz pode impor medida de segurança. Sentença de condenação ou de absolvição? Parece, à primeira vista, que será em sentença de condenação, pois que é pressuposto da imposição de medida de segurança a existência de um crime, e a absolvição implica em afirmar que o crime não foi praticado, ou não existe, ou, enfim,

dele o acusado não é responsável. Além disso, a sentença de absolvição importa, quasi sempre, no reconhecimento de que o indivíduo não é perigoso. A verdade, entretanto, resultante dos textos e consentânea com o interesse social, é que tanto se pode aplicar medida de segurança em sentença condenatória como em sentença absolutória. Não permite dúvida o art. 79: “A medida de segurança é imposta na sentença de condenação ou de absolvição”. Os indivíduos absolutamente inimputáveis, de que trata o artigo 22 do Código Penal, que os declara livres de pena, estão sujeitos a medida de segurança, a ser-lhes aplicada na sentença de absolvição. Determinado réu é absolvido porque praticou um crime em estado de loucura. Seria uma temeridade restituí-lo, sem mais considerações, ao ambiente social. O juiz ordena a sua internação em manicômio judiciário, isto é, aplica-lhe, na sentença absolutória, medida de segurança.

A decisão que exime de pena pode ter por fundamento uma das causas de extinção da punibilidade catalogadas no art. 108 do Código Penal. Não será, então, aplicável medida de segurança (art. 86). A leitura dos incisos em que aquelas causas são indicadas convence de que raro alguma delas coexistirá com manifestação de periculosidade do réu.

Acresce que, no sistema da nossa lei, a medida de segurança, em princípio, pressupõe, com a existência do crime, a sua punibilidade. E', em regra, um complemento da pena (12).

Mesmo depois de imposta uma pena, pode adicionar-se a ela, por decisão do magistrado criminal, medida de segurança. Isso em casos que são especificados nos dois referidos estatutos. Sem analisá-los pormenorizadamente, mostro, porem, a título de exemplo, através de um dos textos (art. 751, n.º II, do Código de Processo), o largo poder que se outorga ao juiz nesse assunto: “Durante a execução da pe-

(12) Entretanto, o Código italiano admitiu em certos casos a aplicação de medidas de segurança a despeito da extinção da punibilidade (art. 210).

na ou durante o tempo em que a ela se furtar o condenado, poderá ser imposta medida de segurança, se: ... II — tendo sido, expressamente, excluída na sentença a periculosidade do condenado, novos fatos demonstrarem ser ele perigoso”. Pode dar-se, portanto, que o juiz, na sentença condenatória, conclua que o delinquente não é perigoso. Deve ser condenado porque praticou um crime e não tem, a seu favor escusa alguma, mas não parece provável que volte a delinquir. Isenta-o, assim, de forma expressa, da aplicação de medida de segurança. Mais tarde, novas circunstâncias vêm demonstrar a sua periculosidade, obrigando o juiz a impor medida de segurança. E o Código de Processo elucida em que situações deverá ter lugar a imposição, quais as verificações a serem feitas. Cabe ao diretor do estabelecimento presidiário em que está cumprindo pena o delinquente dar, ao magistrado, informações que o habilitem a apreciar a existência da periculosidade primitivamente excluída.

Se, como se nota, é possível aplicação ulterior de medida de segurança, mesmo que a sentença exclua a periculosidade, com mais razão se dará em outras hipóteses, em que a sentença apenas seja omissa acerca desse ponto. E, com efeito, a lei o permite, em variados casos que constam dos arts. 751 e 752 do Código de Processo Penal, os quais desenvolvem e ampliam o texto, já longo, do art. 79 do Código Penal. Permite-o não só após passar em julgado a sentença condenatória, como também, num caso, após o trânsito em julgado de sentença absolutória: a aplicação de medida de segurança é possível, enquanto não decorrido o tempo equivalente ao da sua duração mínima, a indivíduo que a lei presume perigoso (art. 79, n.º II, do Código Penal; art. 753 do Código de Processo Penal). Essa permissão é utilizável relativamente ao criminoso louco absolvido que o juiz, ao sentenciar, tenha deixado de mandar internar no Manicômio Judiciário.

7. Deve a medida de segurança executar-se antes da pena ou depois dela? Os escritores discutem a questão, opinando uns que, sendo providência de cura, de assistência, deverá ser aplicada antes da pena. Outros se manifestam em sentido contrário.

O problema aparece principalmente a propósito da medida de segurança applicavel a indivíduos evidentemente anormais, mas responsaveis, como os que ficam sujeitos a internação em casa de custódia e tratamento (13)

No mecanismo adotado pelo nosso Código, o sentenciado cumpre, em primeiro lugar, a pena privativa de liberdade e, depois, a medida de segurança. Se se tratar de sentença absolutória, ou de condenação a multa exclusivamente, o início da execução tão só aguarda passe em julgado a sentença.

8. Providências de cunho administrativo, embora juridicionalmente impostas e fiscalizadas, a lei confere certa elasticidade às medidas de segurança, o que permite, em determinados casos, a substituição de umas por outras, mesmo em plena fase executória. E' o que, por exemplo, se depára no art. 83 do Código Penal, que acode à conveniência de substituir-se medida de segurança detentiva pelo recolhimento a manicômio judiciário, ou, à falta, a estabelecimento adequado, quando sobrevem ao paciente doença mental.

As restantes preceituações do extenso dispositivo conti-nuam atribuindo ao magistrado poderes para, após a cura do enfermo, lhe proporcionar o regime preventivo que con-

(13) Reportando-se a ALTAVILLA (*Lineamenti di Diritto Criminale*, Nápoles, 1932, p. 341), ATALIBA NOGUEIRA desdobra em três grupos os sistemas propostos acerca do assunto: a) a medida de segurança precede à pena; b) a pena precede à medida; c) a pena deve desaparecer, absorvida na medida de segurança. Esta última é a teoria positivista, que visa arredar o seguinte dilema: "infligir pena a quem não é perfeitamente normal é uma crueldade; fazer a pena esperar a cura significa punir um homem diferente daquele que cometeu o delito" (*Medidas de Segurança*, S. Paulo, 1937, p. 180).

venha, atendendo às suas condições pessoais e à defesa social contra o estado perigoso, acaso persistente.

Tem ainda certo arbítrio o juiz nas hipóteses de que cuida o preceito seguinte, art. 84. O concurso de fatos criminosos, que suscitam o reconhecimento da periculosidade, faz com que, às vezes, caibam ao mesmo paciente várias medidas de segurança. Se couberem duas ou mais da mesma espécie, uma só se executará. Se as que couberem forem de espécies diferentes, o juiz imporá uma ou mais dentre elas, tendo em apreço a periculosidade. Não deverá, porém, omitir a que se ajuste à previsão legal sobre a periculosidade presumida. Tais normas serão observadas tanto no momento da imposição das medidas, por sentença judicial, como também, mais tarde, quando tenham de ser executadas. O juiz da execução ministrará, de acordo com esses critérios, a orientação unitária aconselhável, quando impostas as medidas por diferentes magistrados.

9. Por que, nos termos do art. 85 do Código Penal, fugindo o paciente do estabelecimento em que esteja internado, recomeça a fluir, na data do reinício da execução, o prazo mínimo de duração da medida de segurança? A lei excetua, aliás, os internados em manicômio judiciário e em casa de custódia e tratamento.

Aí está um ponto em que, na regulamentação legislativa, as medidas de segurança diferem das penas privativas de liberdade, em relação às quais o tempo vencido não se cancela por efeito da evasão do sentenciado.

Furtando-se à execução da medida, o indivíduo revela-se insubmisso à disciplina, com que se intenta elidir-lhe a periculosidade. E esta se denuncia íntegra.

Se tal razão pode não ser exata num ou noutro caso, a determinação legal, contudo, vale como advertência, tendente a evitar fugas. Nos estabelecimentos de trabalho, reeducação ou ensino profissional, a vigilância não pode, nem deve, ser rigorosa como num presídio.

Quanto ao manicômio judiciário e à casa de custódia e tratamento, a fiscalização é necessariamente mais intensa, o que terá levado o legislador a dispensar aquela especial cominação, que para os alienados nem teria sentido.

10. Deixando de analisar um ou outro dispositivo, que não ofereça decisivo interesse para a compreensão do instituto em seus lineamentos, passo ao estudo das medidas de segurança em espécie.

Vejamos quais foram acolhidas em nossa legislação. Dividem-se em medidas de segurança patrimoniais e pessoais. As pessoais são detentivas ou não detentivas. As medidas de segurança patrimoniais são duas, somente: o confisco e a interdição de estabelecimento ou sede de associação ou sociedade.

São as pessoais as mais importantes medidas de segurança. As detentivas são as indicadas no art. 88, § 1.º. Consistem na internação em determinados estabelecimentos: I — manicômio judiciário; II — casa de custódia e tratamento; III — colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.

As medidas de segurança não detentivas são a liberdade vigiada, o exílio local e a proibição de permanência em determinados lugares.

11. A internação em manicômio judiciário aplica-se aos indivíduos absolvidos por serem absolutamente irresponsáveis. A duração da medida é proporcional ao tempo de duração mínima da pena que caberia ao crime. Um doente mental pode praticar, em consequência da sua enfermidade, um crime de maior ou menor gravidade. A natureza do delito indica o grau, mais ou menos acentuado, da sua periculosidade. Quanto mais grave for o crime, mais propenso o julgador se sentirá a acreditar que o sujeito ativo da infração é perigoso. Um louco que mata parece mais temível do que um louco que simplesmente furta. Por isso, o tempo mínimo em que deverá ficar o insano mental

retido no manicômio judiciário, em execução dessa medida de segurança, é correlato à pena mínima prevista, abstratamente, na lei. Se esta, por exemplo, comina, ao crime, pena de reclusão não inferior, no mínimo, a doze anos, o tempo mínimo de permanência no manicômio judiciário é de seis anos (art. 91, § 1.º, n.º I). A lei discrimina as demais hipóteses, sempre estabelecendo proporção entre o tempo mínimo da pena do delito e o tempo mínimo para a segregação no manicômio.

Tomando-se por base esse tempo mínimo, faz-se periodicamente exame das condições mentais do delinquente, para se verificar se já está apto a ser restituído à liberdade. Enquanto perdurar a sua periculosidade, ficará no manicômio judiciário.

O Código Penal, entretanto, esclarece que, se o entender conveniente o juiz, poderá aplicar ao insano mental absolvido, não essa medida de segurança, mas uma outra, a internação em casa de custódia e tratamento. Essa medida é precipuamente destinada aos indivíduos de imputabilidade restrita a que alude o art. 22, § único, do Código.

Ainda se cogita, na lei, de uma hipótese mais benigna, em que o juiz, em vez de mandar o criminoso irresponsável para o manicômio, o submeterá tão somente à liberdade vigiada. Isso poderá dar-se, nos termos do art. 91, § 2.º, quando o lapso de tempo mínimo de internação no manicômio seria de um ano. A faculdade é concedida em consideração à escassa gravidade das infrações a que corresponde aquele tempo mínimo de internação.

Procurando acautelar a defesa social, estabeleceu o Código (art. 91, § 5.º) um período de prova, de um ano, em que o insano mental, que sai do manicômio judiciário, fica submetido a liberdade vigiada. Será reinternado se a enfermidade que parecia debelada se reacender e ele se revelar, de novo, perigoso.

12. Da internação em casa de custódia e tratamento cogita o art. 92. São dois os casos em que é empregada.

Aplica-se aos indivíduos de imputabilidade restrita, que são condenados atenuadamente, em virtude do que dispõe o artigo 22, § único, do Código Penal. Aplica-se também aos indivíduos que venham a delinquir por efeito de embriaguez habitual, produzida pelo álcool ou pelo uso de entorpecentes. A exemplo do que se preceituou quanto à internação em manicômio judiciário, também se traçou aqui, para os indivíduos fronteiriços, proporção entre a pena mínima cominada para cada crime e o tempo mínimo de internação na casa de custódia e tratamento. A internação será, por exemplo, no mínimo de três anos, se se tratar de condenado por crime a que a lei comine pena de reclusão por tempo não inferior, no mínimo, a dez anos.

Quanto aos demais indivíduos a que se aplica a medida, os embriagados, a duração mínima é, em qualquer hipótese, de seis meses.

Nas infrações de menos importância, em que a internação na casa de custódia e tratamento, tendo em vista a proporção estabelecida, seria de pequena duração (seis meses), a lei permite que o juiz substitua essa medida de segurança pela liberdade vigiada, tal como se dá com relação ao manicômio judiciário.

A casa de custódia e tratamento é uma prisão-hospital, um estabelecimento destinado a segregar, principalmente, o indivíduo perigoso responsável, cuja periculosidade resulta de anomalias mentais, que não acarretam a sua total inimputabilidade. O seu regime deve ser predominantemente curativo, pois se destina a delinquentes enfermos, cuja periculosidade terá de ser neutralizada por uma terapêutica tendente a promover-lhes, antes da reabilitação moral, a reabilitação física. Mas esta nem sempre é praticável. A alta temibilidade, comum entre os anormais de responsabilidade reduzida, indica, sem a necessidade de mais esclarecimentos, a razão de ser da palavra “custódia” na denominação híbrida do instituto em apreço.

13. De outra medida de segurança detentiva cogita o artigo 93. À escolha do juiz, conforme o caso, poderá ser o indivíduo perigoso internado numa colônia agrícola, num instituto de reeducação, de trabalho ou de ensino profissional.

Quais, porem, serão os indivíduos a que cabe tal internação? O artigo, no seu inciso I, declara que essa medida deve ser aplicada, por dois anos pelo menos, ao condenado por crime doloso, se reincidente. A primeira categoria, portanto, de indivíduos sujeitos à internação é a dos reincidentes. Os ladrões habituais, por exemplo, estão sujeitos a essa complementar privação da liberdade, que pode prolongar-se, como já expliquei, por muito mais tempo, indefinidamente.

Tal medida de segurança deve ser aplicada ainda (inciso II), durante um ano, pelo menos, ao condenado a reclusão por mais de cinco anos e ao condenado a pena privativa de liberdade, se o crime se relaciona com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição.

Esse inciso II reclama uma ponderação importante. Pode parecer que, sempre que alguém for condenado a uma pena de reclusão por mais de cinco anos, está sujeito, *ipso facto*, à medida de segurança detentiva consistente no recolhimento a um dos aludidos estabelecimentos. E' um equívoco. Quem assim concluir, o fará por ler isoladamente esse texto, sem o confrontar com o artigo 76, que firma os pressupostos da aplicação da medida de segurança, os quais são a existência de crime e a periculosidade do agente. Não basta que o indivíduo tenha cometido crime punido com pena de mais de cinco anos de reclusão para estar sujeito à medida de segurança. E' preciso que o juiz faça apreciação positiva da sua periculosidade ou que esta seja presumida, nos casos legais, para aplicar medida de segurança, subsidiariamente.

Se o crime punido com pena privativa de liberdade tiver relação com a ociosidade, a vadiagem ou a prostituição, entende a lei penal ser cabível medida de segurança. Mas

só na hipótese de ser perigoso o agente. Uma prostituta pratica um crime numa casa de tolerância. Dir-se-á — e quasi sempre se dirá com acerto — que o fato tem relação com a prostituição. Só por isso, todavia, não será a criminosa submetida a medida de segurança. E' indispensavel tratar-se de mulher perigosa.

Acerca das medidas detentivas esclarece o art. 90 do Código Penal que o internado deve ser submetido a regime de reeducação, de tratamento ou de trabalho, conforme suas condições pessoais; e que o trabalho deve ser remunerado. De grande utilidade como processo ressocializador, o trabalho será, evidentemente, obrigatório, em regra, nos estabelecimentos que se destinem a essas medidas, com exceção do manicômio judiciário. Dispõem, complementarmente, a respeito do assunto, os arts. 764 e 765 do Código de Processo Penal.

14. Medida de segurança destinada, segundo prevê a lei, a larga aplicação, é a liberdade vigiada, objeto do art. 94 do Código Penal. Tal como acontece com as demais medidas, encontram-se no Código de Processo, em relação a esta, numerosas disposições esclarecedoras.

Basta atentar nos diversos incisos do art. 94 para se compreender como, na verdade, deve ser difundida a sua aplicação. Ela é obrigatória, como período de prova, em se tratando de enfermo mental restituído à liberdade após a internação em manicômio judiciário. Também se aplica àqueles que saem de casa de custódia e tratamento. A lei faz referência, ainda, ao liberado condicional. Transmuda-se na medida de segurança que estudamos o último período da pena privativa de liberdade. O egresso das prisões, que obtem o livramento condicional, permanece sob vigilância. E a lei ainda alude a outras hipóteses: ao transgressor da proibição de frequentar determinados lugares e, finalmente (e isso de acordo com o inciso VI do art. 94), é a medida applicavel quando a lei não especificar outra medida de segurança. Quando couber, em determinada hipótese, me-

dida de segurança não indicada pela lei, entende-se que é a liberdade vigiada. Caberá medida de segurança sempre que concorrerem os pressupostos do art. 76 do Código Penal: prática de fato previsto como crime e periculosidade do agente.

Considere-se, ademais, o seguinte. Não possuímos todo o aparelhamento necessário à perfeita aplicação do Código Penal. Não foram criados no país os estabelecimentos, de que fala o Código, destinados ao cumprimento das medidas de segurança (14), exceto, em algumas das unidades federativas, o manicômio judiciário, que preexistia. Por isso mesmo, a Lei de Introdução ao Código Penal, atendendo a essa deficiência, determinou que, enquanto não houver manicômio judiciário, bem como casa de custódia e tratamento, poderá a internação, que deveria fazer-se num desses gêneros de instituição, ser realizada em casa de saúde, em manicômio comum, em asilo, em qualquer estabelecimento, enfim, que possa fazer as vezes de manicômio judiciário, embora imperfeitamente. E — o que nos interessa neste instante — dispõe que a liberdade vigiada será a medida sucedânea da internação, que se não puder praticar em colônia agrícola, instituto de trabalho, de reeducação ou ensino profissional.

Quem executará a medida de segurança consistente na liberdade vigiada? Diz a lei que, na falta de órgão especial, incumbe a execução à autoridade policial. A polícia, pois, enquanto não dispuserem diversamente as leis, deverá executar a liberdade vigiada.

Seria, realmente, preferível que se constituisse um órgão especial, na organização judiciária, para o desempenho

(14) No Estado de São Paulo o dec.-lei n. 12.924, de 4 de setembro de 1942, a que se seguiu o regulamento baixado pelo decreto n. 13.182, de 12 de janeiro de 1943, criou o Instituto Correccional da Ilha Anchieta, atribuindo-lhe uma secção destinada ao cumprimento da medida de segurança de que trata o art. 88, § 1.º, n. III. do Código Penal (internação em colônia agrícola, ou instituto de trabalho, reeducação ou de ensino profissional). Mas essa secção ainda não entrou a funcionar.

dessa medida de segurança. E' facil perceber a importância de que ela pode revestir-se no sistema de prevenção dos crimes. Bem executada, por agentes capazes de uma verdadeira atividade filantrópica, de proteção e assistência, junto àquele que foi considerado perigoso, mas que, afinal, foi restituído ao convívio social, poderá a liberdade vigiada produzir ótimos resultados. Confiada, porem, a agentes de policia, possivelmente incultos e inhabeis, dará resultados nulos, senão contraproducentes. E' bem verdade que o Código de Processo recomenda que essa medida de segurança seja exercida discretamente, de maneira que não prejudique de forma alguma o vigiado. Não basta, entretanto, a platônica advertência legal, para que se supram falhas inevitáveis ante a inexistência de um aparelhamento adequado.

A pessoa submetida à liberdade vigiada terá de respeitar as condições que lhe são impostas, como normas de sua conduta, pelo magistrado, em conformidade com o que extensamente enuncia o art. 767 do Código de Processo Penal. Se inobservar tais condições, sofrerá medida de segurança detentiva. E' o que está expresso no art. 96 do Código Penal: "No caso de transgressão das obrigações resultantes de liberdade vigiada, o juiz pode, ressalvado o disposto no art. 64, parágrafo único (15), determinar a internação, até seis meses, em um dos estabelecimentos referidos no art. 88, § 1.º, n.ºs II e III". O infrator fica sujeito a permanecer, até seis meses, em um dos estabelecimentos destinados às medidas de segurança detentivas, exceto o manicômio judiciário.

Por aí se aquilata a relevância da fiscalização a ser exercida junto ao vigiado. E' através das informações que são remetidas ao juiz, acerca do procedimento do paciente, que será possível aferir a oportunidade e a conveniência des-

(15) A ressalva refere-se ao livramento condicional, em que a inobservância das condições impostas acarreta o retorno do sentenciado ao cárcere, para continuar a cumprir a pena de reclusão ou detenção.

sa posterior detenção. De acordo com a lei processual, cabe à autoridade policial, incumbida de superintender a vigilância, **informar ao juiz**, dentro de certo prazo, antes de terminar a vigência da medida de segurança, sobre se convem, ou não, mantê-la. Será através dos dados consignados no relatório da autoridade policial que o juiz colherá elementos para decidir.

15. Tratemos, agora, das duas restantes medidas de segurança pessoais. Uma é o exílio local, a que se refere o art. 97: “O exílio local consiste na proibição de residir ou permanecer o condenado, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado”.

E’ fácil perceber a utilidade preventiva dessa medida.

Muitas vezes, a permanência do condenado no lugar do crime ou suas proximidades constitue fonte de novas infrações. Por exemplo, ali moram pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, no acontecimento delituoso, e cujos interesses ou sentimentos fermentam novos dissídios, ao contacto do responsável pelo fato passado, produzindo-se choques perturbadores da ordem. E’ razão para que se confira ao prudente arbítrio do magistrado a possibilidade de impedir, pela aplicação dessa medida de segurança, que se repitam violações à lei penal.

Imposta a medida, o juiz comunicará a sua decisão à autoridade policial do lugar ou dos lugares onde o exilado está proibido de permanecer ou residir (art. 771 do Código de Processo Penal). Se desatender à proibição, o infrator será conduzido à presença do juiz, que poderá mantê-lo detido até proferir decisão. Reconhecida a transgressão, ficará o paciente sujeito à liberdade vigiada, com a indispensável fixação de lugar onde deverá residir.

Finalmente, o art. 98 refere-se à proibição, imposta ao condenado, de frequentar determinados lugares. Se se trata de crime cometido sob a ação do alcool, essa proibição é de um ano, no mínimo, e, nos demais casos, será no mínimo

por três meses. Cabe também à autoridade policial fiscalizar o cumprimento dessa medida de segurança (art. 772 do Código de Processo Penal), comunicando ao juiz qualquer eventual transgressão.

16. Entre as medidas de segurança de caráter patrimonial figura a interdição de estabelecimento ou sede de sociedade ou associação (art. 99).

Perante a nossa lei, ninguém o ignora, não é admissível a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas. A responsabilidade penal continua exclusivamente individual. Se não se pode impor pena a uma coletividade, a uma sociedade, a uma associação, sofrerão a providência repressiva os indivíduos, cada um de per si, aos quais se possa atribuir a causalidade material e psíquica do acontecimento vedado pela lei penal. Não se esqueça, porém, que uma poderosa providência preventiva cabe contra as pessoas jurídicas de direito privado. É a consistente na interdição de estabelecimento ou sede de associação ou sociedade. Impõe-na o juiz criminal, se o estabelecimento, sociedade ou associação serve de meio para a prática de infração penal.

Durante o tempo de execução da medida, que não durará menos de quinze dias nem mais de seis meses (16), não poderá a sociedade ou associação exercer a sua atividade, nem no local interditado, nem em outro. Interditado, nas mesmas condições, também pode ser um estabelecimento comercial ou industrial, pertencente a sociedade comercial ou a comerciante com firma individual. A medida de segurança vedará, então, o exercício das atividades comerciais ou industriais, no local, ao condenado ou a terceiro a quem ele tenha transferido o seu comércio ou indústria. Não se trata, pois, de medida de segurança cabível exclusivamente a pessoas jurídicas.

(16) É de notar-se que a duração indeterminada das medidas de segurança, decorrente do art. 81 do Código Penal, diz respeito tão só às medidas de caráter pessoal. Não se estende às de caráter patrimonial.

O Código de Processo Civil apresenta uma providência ainda mais radical, no gênero. O seu art. 670 preceitua: “A sociedade civil com personalidade jurídica, que promover atividade ilícita ou imoral, será dissolvida por ação direta, mediante denúncia de qualquer do povo, ou do órgão do Ministério Público”. Adverte, de igual modo, o dec.-lei n.º 2.627, de 1940, em seu art. 167: “Será judicialmente dissolvida, a requerimento do órgão do Ministério Público, a sociedade anônima ou companhia, ou a sociedade em comandita por ações, que tiver objeto ou fim ilícito, ou desenvolver atividade ilícita ou proibida por lei”.

17. O confisco não é, como o nome poderia sugerí-lo, nada parecido com a antiga pena de confiscação dos bens, tão odiosamente utilizada. Dispõe o art. 100 do Código Penal: “O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitue fato ilícito”. Se a autoria é descoberta e sobrevem a condenação do culpado, perde ele os instrumentos ou produtos do crime, como efeito da sentença condenatória (art. 74, n.º II). Mas na hipótese do art. 100 a condenação não é possível, porque não se consegue individualizar a responsabilidade pelo delito. Isso não impede, todavia, a apreensão daquelas coisas nas circunstâncias mencionadas em tal dispositivo, a título preventivo, ou seja como medida de segurança.

O confisco poderá ser ordenado não só na sentença absolutória, como também no despacho de arquivamento do inquérito ou na sentença de impronúncia (art. 779 do Código de Processo Penal).

18. O art. 101 do Código Penal declara: “A imposição de medida de segurança não impede a expulsão de estrangeiro”. Se, em virtude das leis reguladoras da situação dos estrangeiros no território nacional, estiver um deles na contin-

gência de ser expulso do nosso país, a expulsão não será obstada ou retardada pela circunstância de lhe ser aplicável medida de segurança. Mesmo que alguma lhe tenha sido imposta, não será executada com prejuízo da expulsão. Deverá o estrangeiro, na hipótese de cometer uma infração, cumprir a respectiva pena. Dela não o isenta a conveniência de expulsá-lo. Cumprida a sanção penal, o condenado pode, sem mais demora, ser expulso.

De acordo com as leis que regulam a expulsão de estrangeiros, acarreta-a a condenação por determinados delitos e contravenções, incluídos em numeroso ról, a que nem falta menção extensiva a todos os crimes inafiançáveis. Acarreta-a, desde que o estrangeiro não conte mais de 25 anos de residência legítima no país, ou não tenha filhos brasileiros, oriundos de núpcias legítimas, sendo também condição que o estrangeiro não haja manifestado pensamentos ou praticado atos que importem menosprezo ao Brasil ou suas instituições (dec.-lei n.º 1.377, de 27 de junho de 1939, combinado com o dec.-lei n.º 479, de 8 de junho de 1938). E o art. 10 do dec.-lei n.º 479 estipula que a expulsão se dará depois de cumprida a pena.

Compreende-se a razão do art. 101 do Código. A expulsão vale como medida de segurança, no sentido de que previne a prática de novos crimes, pelo mesmo delinquente, no território brasileiro. Há códigos, como o italiano, que inserem essa providência na lista das medidas de segurança. Sem chegar a tal solução técnica, o nosso estatuto deixou nítido, porém, que a expulsão substitue eficazmente a execução das medidas de segurança cabíveis ao estrangeiro que haja delinqüido.

Analogamente, o Código Penal suíço de 1937, que entrou em vigor em 1941, dispôs, no art. 42, que, se o condenado for estrangeiro, o juiz poderá, ao invés de fazê-lo internar em instituto de medida de segurança, impor-lhe a expulsão do território nacional, após o cumprimento da pena privativa de liberdade.

19. O instituto das medidas de segurança também complementa, no desempenho da sua função profilática, o combate ao perigo, imanente nas contravenções. Na lei que disciplina essas infrações, todas as medidas de segurança do Código Penal são aproveitadas, exceto uma, o exílio local. Com o exílio local se evita que o autor de um crime permaneça no lugar do fato, ocasionando, com a sua presença, desassossego, germe de outros delitos. Tal receio não é admissível nas modestas ocorrências que constituem o conteúdo das contravenções.

A Lei das Contravenções, no art. 14, reporta-se a algumas das hipóteses de periculosidade presumida indicadas no Código Penal. E introduz uma, específica do assunto de que se ocupa: presume-se perigoso o indivíduo condenado por vadiagem ou mendicância. Os vadios, que sejam realmente sistemáticos inimigos das ocupações lícitas, e os mendigos, que esmolam por espírito de ociosidade ou cupidez, são, com efeito, indivíduos cujo teor de existência é propício à prática de delitos. Representam, segundo uma expressão muito em voga entre os escritores de língua castelhana e italiana, elementos “malvivos”. E, por isso mesmo, são perigosos.

Quanto à reincidência em contravenção, todavia, a Lei das Contravenções só a considera como índice especial e indubitável de periculosidade a propósito de determinadas infrações: a do art. 50 (exploração de jogos de azar) e a do art. 58 (jogo do bicho).

A medida de segurança aplicável aos vadios ou mendigos e aos reincidentes na exploração do jogo do bicho é a internação em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.

20. Não encerremos a explanação da matéria sem deduzir, em síntese, as peculiaridades com que foram introduzidas no direito positivo brasileiro as medidas de segu-

rança, como providências preventivas que se procurou diferenciar das penas, providências repressivas.

A) A imposição de pena não depende de que seja perigoso o autor da infração. Sem a periculosidade, ainda que presumida, do paciente, nunca se dará aplicação de medida de segurança.

B) Ao contrário do que ocorre com as penas, a aplicação das medidas de segurança pode ser suscitada por fato criminoso anterior ao preceito legal.

C) Ao inverso das penas, as medidas de segurança mais importantes, as pessoais, sejam detentivas ou não detentivas, têm duração indeterminada.

D) A indicação do tempo de uma pena, na sentença, representa o máximo da sua duração, naquele caso. A indicação do tempo de vigência da medida de segurança pessoal, na decisão judicial, traduz a sua duração mínima.

E) Contrariamente ao que se verifica no cumprimento das penas privativas de liberdade, num dos tipos de medidas de segurança detentivas a evasão do internado ocasiona o reinício da execução sem desconto do tempo vencido.

F) A aplicação de pena supõe que tenha sido cometido um crime. Também o supõe a aplicação de medida de segurança, mas com exceções.

G) Jamais se dá imposição de pena sem o pressuposto da responsabilidade. Cabem medidas de segurança aos irresponsáveis.

H) Em consequência, — convem salientar — as medidas de segurança, ao contrário das penas, podem ser impostas em sentença absolutória.

I) Relativamente à aplicação das penas, o poder jurisdicional esgota-se na sentença condenatória. As medidas de segurança ainda são aplicáveis depois de passar em julgado a sentença penal.

Em conferência proferida, em outubro de 1944, na Faculdade de Direito de Porto Alegre (17), NELSON HUNGRIA, reconhecendo que continuamos ainda muito longe de converter os textos legais sobre medidas de segurança em realidade, alvitra que, por meio de uma flexível regulamentação, se aperfeiçoe a sua diversificação das penas. Ao passo que na Itália, antes de entrar em vigor o Código Rocco, já tinha sido baixado o “Regulamento per gli istituti di prevenzione e di pena”, que orientaria a atividade não só dos estabelecimentos carcerários como dos destinados às medidas de segurança, no Brasil, nesse particular, ainda nada se fez, no terreno prático, desde que surgiu o Código Penal de 1940.

As medidas de segurança, para bem se ajustarem à sua finalidade, necessitam, diz, despir-se do carater aflitivo, o que se poderá conseguir com variadas atenuações do rigor que lhes possa ser inerente. Declara: “Os internados que se mostrarem sensíveis aos processos de cura, especial tratamento ou reeducação, deverão ser favorecidos não só por um sistema de licenças periódicas, sob discreta vigilância (como no regulamento italiano), senão também por um regime de semi-libertação, como seja, por exemplo, o de permanência diurna no estabelecimento e pernoite em casa. Em casos especiais, seria mesmo aconselhável, para os que obtivessem emprego certo, o trabalho fora do estabelecimento e a volta a este para o pernoite. Somente quanto aos enfermos mentais incuráveis seria incondicionalmente ininterrupta a segregação.

“Afora o estritamente indispensável para a boa ordem interna — prossegue — deve ser excluído o rigor da disciplina. Nada de regimentos detalhados e profusos, como na penitenciária. O trabalho não deve ser imposto como um castigo, conforme acontece, prevalentemente, na execução da pena; mas suasoriamente, reclamado como um saudável re-

(17) NELSON HUNGRIA, *Pena e medida de segurança*, no *Arquivo Judiciário*, 1944, vol. 72, sup., p. 67, e na *Revista Forense*, 1944, vol. 100, p. 419.

gime de vida e deixado à escolha do internado, desde que tenha carater educativo ou curativo”.

Não titubeia em aconselhar que se rompa “com escrúpulos puritanos em torno à vida sexual dos internados”, aceitando, assim, corajosamente, para a solução, no tocante às medidas de segurança, de um problema que tem parecido insolúvel quanto às penas privativas de liberdade.

Mas poderá, em verdade, essa esfinge da ciência penitenciária encontrar decifração condigna, ainda que no quadro mais restrito das medidas de segurança?

Essas e outras propostas, inspiradas em louváveis intuitos, condicionam-se, em parte, ao advento de novos textos legais, pois algumas importam em realizações bastante avançadas perante as normas e o espírito dos estatutos vigentes, o penal e o processual penal.

Concordo com o conceituado penalista em que devemos adotar como modelo, na diferenciação procurada, o citado regulamento italiano, em cuja análise CARNEVALE achou possível concluir: “As várias disposições regulamentares, na execução da medida de segurança, formam um ambiente que, bem considerado, não pode confundir-se com o outro, em que atua a pena” (18).

Nas linhas de apresentação daquele Regulamento, frisou o ministro ROCCO que a diversificação entre as penas e as medidas de segurança teria de refletir-se na organização dos respectivos institutos. Substanciais diferenças de regime foram acolhidas, assim como outras meramente formais, mas nem por isso irrelevantes, como a de se chamar pelo seu nome, não mais por um número, o *internado*, proscritas na medida de segurança as palavras *sentenciado*, *réu*, *presidário* (19).

(18) EMANUELE CARNEVALE, *Pene e misure di sicurezza — differenze nell'esecuzione*, na *Rivista di Diritto Penitenziario*, 1935 p. 838.

(19) Em nosso direito positivo, emprega-se também a designação exata: o *internado*, o *internando* (arts. 762, 763 e 764 do Código de Processo Penal).

Provavelmente, nenhuma das concessões daquele Regulamento é tão expressiva e valiosa como a das licenças, a título de prêmio: até trinta dias, uma vez por ano, além de outra, extraordinária, no limite de quinze dias, em casos de grave necessidade do internado, relativa à sua pessoa ou à família.

No Congresso Penal e Penitenciário Internacional realizado em Berlim, em 1935, o problema foi focalizado através da dupla proposição seguinte: “Como deve a execução da pena privativa de liberdade diferenciar-se da execução das medidas de segurança que comportam privação de liberdade? — Deve o sistema progressivo ser tomado em consideração também para as medidas de segurança?”. Foi das mais interessantes, no estudo do assunto, a contribuição de LÉON BELYM, o preclaro inspetor geral honorário dos estabelecimentos penitenciários da Bélgica (20).

Se algum dia os métodos curativos e assistenciais logram empolgar o instituto das medidas de segurança, conseguir-se-á, enfim, convencer de que elas representam, na efetividade do seu modo de agir, algo diferente das penas. Mas os penitenciaristas de largo tirocínio nem sempre ousam esperar que tal suceda. HARTVIG NISSEN (21), presidente da Associação das Sociedades de Patronato da Noruega, pondo em relevo os tropeços que a diferenciação defronta, recorda um ponto que aos teoristas costuma passar despercebido, — que os indivíduos internados por causa do seu perigo constituem uma elite negativa de endurecidos delinquentes, cuja índole é incompatível com um sistema de total suavidade. Exige-se, para com eles, firme disciplina. Eis por-

(20) LÉON BELYM, *Des bases d'organisation de l'internement par mesure de surité, des delinquants mentalement normaux*, em *L'Écrou*, 1936, p. 147.

(21) HARTVIG NISSEN, *L'internement est-il un traitement qui se différencie essentiellement de la peine? — Peine relativement indéterminée et internement*”, na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1938, p. 1.223.

que aquiesce a esta desiludida equiparação: “na realidade, o internamento é a mesma coisa que a pena privativa de liberdade”. Assim também pensa o criminalista holandês RÖLING: é illusório supor que exista diferença essencial entre a execução da pena privativa de liberdade *bem organizada* e a execução do internamento *bem organizado*.

A adoção da pena relativamente indeterminada — indeterminada em seu limite máximo — dispensaria, como sustenta o citado NISSEN, o artificioso recurso a providências defensivas pretensamente diversas das penas, mas, afinal, tão parecidas com elas. Assiste-lhe toda razão. E, mais cedo ou mais tarde, há de vir a unificação dos meios de combate ao crime, como uma das conquistas da ciência penal, que, por isso que é ciência, não se pode alicerçar na areia movediça de distinções precárias, em que a verdade é ocultada pelo preconceito e pelas convenções.

O Direito e o Justo no crepúsculo da cultura helênica

Miguel Reale

Preliminares

Um dos fatos que mais atraem a atenção, quando do exame do pensamento platônico-aristotélico, é a predominância que os dois grandes filósofos atribuem ao problema do Estado ao tratarem do problema ético. Basta lembrar, aliás, que, segundo ARISTOTELES, a Política, entendida como ciência do Estado, deve ser tida como a ciência por excelência ou a “arquitetônica das ciências”, pelo fato de ter por objeto o bem comum da cidade e não apenas o bem particular. Resultava daí a subordinação da Ética à Política, ou, mais exatamente, a concepção de que a Moral alcança a sua plena atualização como Política.

Essa concepção da Ética como um capítulo ou um momento da Política representou bem o espírito dominante na Grécia, durante o período do máximo esplendor de sua cultura e de sua força militar. A moral aristotélico-platônica, particularista e aristocrática, subordinada à idéia de Estado como à realização do bem social por excelência, é, não há dúvida, a moral peculiaríssima da “polis”, do Estado-cidade dotado de autarquia. Dentro dessa concepção, o valor ético dos indivíduos se confundia com o valor político do cidadão, de sorte que a virtude do homem não podia ser entendida senão como virtude do homem livre capaz de tomar parte ativa na vida pública. Essa concepção ligava-se, outrossim,

a uma especialíssima noção de *liberdade*, como prerrogativa do cidadão e não como qualidade do homem enquanto homem.

Nos Estados-Urbanos, — que eram sempre formados por uma minoria, mesmo quando neles vigorava o regime democrático, — o cidadão não era livre por ser homem, mas por ser cidadão, e a liberdade consistia antes no poder de participar da vida política do que nesse complexo de faculdades que, hoje em dia, consideramos essencial à nossa personalidade. Em resumo, toda a vida do indivíduo se compreendia como elo ou cadeia da vida política, no Estado, pelo Estado e, até certo ponto, para o Estado.

Essa concepção particularista e de alto cunho estatista durou até à subordinação da Grécia à Macedônia, no tempo de Felipe e de Alexandre Magno, quando se desenvolveram doutrinas de caráter individualista e cosmopolita, com abandono dos dois elementos caracterizadores da Política e da Moral helênicas: o particularismo urbano e o estatismo.

Altera-se, então, o objetivo da indagação ética. Em lugar de se ter em vista a criação de um Estado ideal, capaz de assegurar a felicidade dos homens, como havia feito PLATÃO, seguido por ARISTÓTOLES, os cínicos e os cirenáicos, primeiro, e, depois, os estóicos e os epicuristas acalentam o ideal do sábio feliz, à margem da vida pública, concentrado em si mesmo, *autárquico*, visando a saúde do corpo e a tranquilidade do espírito. O desgosto natural, provocado pela decadência de uma vida política que hav'ia apresentado momentos de grande beleza, leva os filósofos a concentrar no *indivíduo* a plenitude do bem que outros haviam concentrado no *Estado*.

Assim, a *Ética* se separava da *Política*, sendo a virtude do homem apreciada como algo mais que a virtude do cidadão. Progresso esse de grande alcance na história da *Ética* e de consequências relevantes no plano do Direito.

Cínicos e Cirenáicos

Preliminarmente, observamos que o estoicismo e o epicurismo representam o resultado final de um duplo processo de especulação ética, resultante da posição socrática. Integravam-se na moral de SÓCRATES dois elementos distintos, um *intelectualista*, e *utilitarista* o outro; um que subordinava o agir a exigências puramente racionais e o outro que abrandava os impositivos da razão por motivos de ordem utilitária. Daí ter o eudemonismo socrático se desmembrado em duas correntes de pensamento, respectivamente de caráter intelectualista e utilitário, representadas pelos *cínicos* e pelos *cirenaicos*, correspondentes, aliás, a duas tendências já afirmadas no período pré-socrático, com o idealismo da escola pitagórica e o sensismo das escolas jônicas.

A Escola Cirenáica ou Hedonista, fundada por ARISTIPPO de Cirene, sustenta que o escopo final da vida é o prazer, o qual deve ser, entretanto, procurado com moderação, pois a razão não deve nunca se dobrar às grosseiras seduções dos sentidos, tornando-se delas escrava. Livres pensadores em matéria religiosa, chegaram alguns cirenáicos, como TEODORO de Cirene, a professar abertamente o ateísmo; e outros, como o pessimista HEGÉSIAS, eram de opinião que o homem só encontra a felicidade no suicídio, porque, se todo desejo satisfeito traz consigo uma amargura, é sinal que a vida é incompatível com o prazer, conclusão pessimista a que chegam fatalmente todos aqueles que não atribuem à vida um fim mais elevado do que a conquista do útil e do agradável...

Em contraposição aos cirenaicos, encontramos, a escola Cínica, assim chamada em virtude do nome do ginásio *Cinosarge*, onde seu fundador, ANTISTENE, expunha suas idéias. ANTISTENE mantém-se apegado coerentemente, aos primeiros postulados da moral socrática. Em lugar de atenuar as conclusões puramente racionais do mestre com considerações de ordem utilitária, afirma a necessidade de “seguir a virtude pela virtude”, por ser a meta suprema da

atividade humana. Exagerando no intelectualismo puro, os cínicos são levados a condenar todas as formas de prazer, fazendo repousar a felicidade na plena abstenção dos gozos materiais, chegando ao ponto de repudiar, como um mal, a cultura do espírito e a própria ciência. Dessa concepção, onde a extremada afirmação da vida racionalizada redundava na destruição da própria racionalidade, resultava uma incapacidade absoluta para a vida social, um individualismo negativista e misântropo.

Anti-sociais, por princípio, colocam-se contra a “cidade”, indiferentes à pátria, considerando-se pomposamente cidadãos do mundo. Dentre os cínicos distingue-se a figura estranha do DRÓGENES, inimigo de todo conforto, misto de orgulho e de humildade, talvez mais preocupado em ser excêntrico do que em ser virtuoso. Como escreve REINACH, “as ordens mendicantes, Jean Jacques Rousseau, os ateus, os positivistas, os cosmopolitas, os individualistas, os anarquistas, todos podem reclamar Diógenes como um antepassado. Depois de Platão, que quer reformar o Estado pelo comunismo autoritário, nada mais singular, nessa Grécia tão civilizada do século IV, do que a existência de um filósofo pregando o rompimento com todas as convenções e com toda a civilização, para a volta ao estado quasi animal dos primeiros homens”.

O individualismo dos cínicos surge de mistura com elementos socialistas, o que, aliás, também acontece com certos filósofos da oposta corrente dos cirenáicos, como é o caso do citado TEODORO, *o ateu*.

Segundo DRÓGENES — e neste ponto ele repete alguns sofistas — há uma contradição irremediável entre a lei convencional e a natureza (ROUSSEAU dirá: entre a razão e a história), de maneira que o sábio só deve aceitar a ordem que ele a si mesmo se impõe. Hostil à cidade, que é ordem e disciplina, prega contra tudo o que julga convenção, contra o respeito aos deuses, contra a distinção entre senhores e escravos admitida erroneamente pela moral grega, contra a idéia

de pátria, pois todos os homens são “cidadãos do universo”. Comunista, ele quer comunhão de bens, de mulheres e de filhos no estado de natureza, porquanto também a família lhe parece uma *convenção*. Hoje os bolchevistas declaram que a família, tal como a cultura do Ocidente a concebe, é um *preconceito* burguês. No fundo, dizem a mesma cousa.

O socialismo dos cínicos, como nota RENÉ GONNARD, é o antípoda do de Platão: “Ele se alia a um individualismo ilimitado, ou melhor, é a consequência deste: PLATÃO organiza o comunismo, um comunismo regulado e severo, para tirar do indivíduo todo interesse pessoal e para integrá-lo completamente no Estado. DIÓGENES instaura o seu comunismo essencialmente negativo, faz eliminações tão somente para libertar de maneira absoluta o indivíduo. Muito mais que o outro, este socialismo, por seu espírito, está próximo do socialismo moderno, pelo menos daquele que geralmente nos apresentam.”

Esse espírito de rebeldia contra a sociedade, esse comunismo dissolvente que faz o homem se rebaixar, encontrando motivo de orgulho na própria degradação, está de acordo com as épocas de decadência.

A Grécia não é mais livre. As cidades perderam a capacidade de dirigir-se, ou seja, deixaram de ser soberanas. Partiram-se os laços da solidariedade cívica. Antes guerreavam-se as cidades. Antes havia lutas de classes, entre aristocratas e plebeus, muitas vezes superpostas ao valor mesmo da comunidade, tanto assim que aristocratas atenienses consideravam perfeitamente lícito unir-se a Esparta para combater a própria cidade em poder de forças democráticas. Já agora a situação é mais grave, porque o que há são guerras de indivíduos. O homem reduziu-se ao círculo material do próprio corpo. DIÓGENES fecha-se no orgulho de ser só, de não precisar de nenhum homem, de nenhuma cousa. Diógenes é o *Único* de MAX STIRNER com sinal negativo, como expressão derradeira de um longo processo de

degradação política. O *Único*, na concepção do pensador germânico, é o forte que considera tudo sua propriedade, justificando todos os atos pelo critério de sua força vencedora; o *Único*, isto é, o sábio autárquico, na concepção de DIÓGENES, é aquele que tudo possui porque matou todos os desejos. Para STIRNER, o maior sinal de força é a conquista, ou melhor, o resultado positivo da conquista; para DIÓGENES ou CRATETES, é a abstenção, a renúncia. Não se pense, porém, em algo semelhante à abstenção de CRISTO, que é irmã da humildade e se subordina a um valor mais alto: é a abstenção que nasce do orgulho, da crença de poder bastar-se na terra, na adoração de si mesmo.

Muitos apontam os cínicos como precursores do Cristianismo, pelo fato de sentirem compaixão pela miséria humana, de considerarem todos como irmãos, igualando o escravo ao senhor, à luz dos ensinamentos naturais; de desprezarem os bens do corpo pelos do espírito; de criticarem o vício e a vida luxuosa, procurando sempre os fracos e os pobres para orientar e curar as almas.

Uma diferença imensa existe, todavia. O cínico, mesmo quando procura o fraco e o orienta no caminho do bem, o faz mais para si, pelo orgulho que tem da própria virtude, do que pelo desejo puro e desinteressado de servir ao próximo por Deus. DIÓGENES serve aos fracos, mas ele não lhes abre a janela da alma. No bem que o cínico faz não há caridade, nem misericórdia.

CRISTO é o equilíbrio. Não ensina o abandono das prerrogativas cívicas, nem o aniquilamento do corpo. Um cínico não permitiria que lhe ungissem os cabelos de preciosíssimo perfume de nardo puro. . .

DIÓGENES é homem sem pátria, misto de gênio e de monstro, quasi que o ser estranho da previsão aristotélica: “o homem sem pátria ou é um super-homem ou é um monstro”.

Doutrina de Epicuro

“Em Platão e em Aristóteles, escreve RODOLFO MONDOLFO, a ética estava ligada à política, representando o coroamento do edifício especulativo: agora, ao contrário, depois da dissolução da “polis”, o filósofo não sente mais em si o cidadão com os seus deveres para com o Estado, mas apenas o indivíduo que procura sozinho a felicidade ou a serenidade de espírito”. E’ nesse sentido que se afirma o ideal do sábio das escolas epicurista e estóica, de sorte que se situam os problemas do ser e do conhecimento especialmente enquanto possam servir ao problema ético.

Não podendo mais esperar a justiça e a paz da organização de um Estado perfeito e justo; perdidas todas as esperanças de reconstituir a pátria em toda a sua grandeza, o sábio procura em si mesmo a liberdade. Assim é que tanto a escola epicurista como a estóica se propõem a mesma finalidade, que é a inteira libertação do sábio. Em lugar do *Estado livre de paixão*, em lugar do Estado subordinado à justiça, da concepção platônica ou aristotélica, surge um novo ideal: *o do sábio livre de paixão*, tranquilo na plenitude da vontade confiante. Há, pois uma verdadeira transposição de valores: *o ideal do Estado se reduz ao ideal do indivíduo superior, do sábio*.

O homem, de acôrdo com a doutrina epicurista, deve fugir à dor e procurar o prazer. O princípio hedonístico domina todo o seu pensamento, e, de passagem, cumpre lembrar que a teoria epicurista do prazer nada tem de grosseiro. Pelo contrário, erram aqueles que a apresentam como a apologia do prazer físico, embora não seja de todo errôneo considerá-la uma fórmula embrionária de *moral utilitária*, mas sem os exageros que comete GUYAU em seu livro “La Morale d’Epicure”.

Consoante observação de BROCHARD, há fórmulas epicuristas que poderiam ser comparadas com as do utilitarismo

contemporâneo, não sendo paradoxo dizer que toda a moral antiga é, em um certo sentido e a seu modo, *utilitária*. Em contraposição, se considerarmos a moral de Epicuro em seu conjunto, veremos — continúa BROCHARD — que há uma grande distância entre “o discípulo de BENTHAM, que calcula as suas ações para obter o máximo prazer e a mínima dôr, seduzido pelo bem estar e pelo conforto, pronto a prever e a combinar, ávido de toda sorte de voluptuosidades que possam se conciliar entre si. — e o magro EPICURO, que vive miseravelmente no fundo de um jardim, na companhia de alguns amigos, com a preocupação dominante de evitar os golpes da fortuna, escondendo a sua vida e declarando com ênfase que, com um pouco de pão e de água, rivaliza em felicidade com Jupiter”.

Segundo a interpretação de BROCHARD, a moral do prazer de EPICURO seria tão austera e ascética que só poderia ser comparada à dos estóicos. De qualquer forma, é certo dizer que o “epicurismo”, tal como geralmente o julgam, pertence menos a EPICURO do que o “maquiavelismo” a MACHIAVELLI.

EPICURO apresenta como critério geral de sua doutrina a idéia de *coesão* ou de *combinação*. Na Lógica, ou, como diria ele, na Canônica, o conhecimento humano é explicado como uma combinação de sensações; na Física, o universo é concebido como uma combinação de átomos, de partículas insusceptíveis de ulteriores divisões, como já concebera o gênio criador de DEMÓCRITO; em Moral, a felicidade é feita de uma combinação prudente de prazeres; em Política, a sociedade resulta de uma combinação de vontades individuais, isto é, é o fruto de um *pacto social*. Dess’arte, em uma época de frouxos laços de coesão social, de verdadeiro relaxamento nas relações de ordem política, em uma época por assim dizer de *distrato social*, surgia a teoria do *contrato social* que tanta influência ia exercer nos destinos da humanidade, fenômeno que iria se reproduzir na época moder-

na, com característicos análogos, como o notou *Alceu de Amoroso Lima*.

O contratualismo de EPICURO é de base individualista e utilitária, apresentando muitos elementos que depois foram utilizados por J. J. ROUSSEAU, mas especialmente por HOBES. Nenhuma dúvida pode haver, sobre o contratualismo de EPICURO, como é reconhecido pela torrente dos autores, em que pese a alegação de certo humanista que declarou ter tido a infelicidade de ler todas as máximas de EPICURO sem encontrar uma só que abonasse a doutrina que esposamos. Entretanto, conservou-nos DIÓGENES LAÉRCIO três máximas do filósofo hedonista que não podem admitir dupla interpretação. “A justiça, declara EPICURO, não tem existência por si, mas existe sempre nas relações reciprocas, onde quer que haja um pacto de não fazer nem receber dano. Entre os animais, que não puderem fazer contratos para não fazer nem receber dano, não se verifica o justo ou o injusto; e assim também entre os povos que não quiseram fazer acôrdo para não se prejudicarem. O direito segundo a natureza é sinal da utilidade de não se fazer nem receber dano”. (“*Massime Capitali*” — 31, 32, 33, Trad. Bignone).

LUCRÉCIO, o grande poeta epicurista, pinta-nos a vida bestial dos primeiros homens, “tal como os havia criado a terra áspera”, desconhecedores do fogo, habitando as cavernas e os bosques. Mas, aos poucos a natureza vae fazendo surgir a linguagem, suavizando as maneiras bárbaras, ensinando o uso do fogo e o amor à prole. Enfim, para evitar a violência, surge o Direito, continuando-se a evolução até a razão elevar-se à região da luz. Não há, talvez, em toda a literatura latina, obra de maior beleza que a “*De Rerum Natura*”, onde se pinta o desenrolar progressivo da humanidade até ao aparecimento do direito, do comércio, da ciência, da filosofia.

EPICURO admite, pois, que os homens hajam vivido em um estado pré-social de violência (lembre-se o *homo homini*

lupus de HOBBS) até ao dia em que resolveram se reunir, comprometendo-se ao respeito mutuo.

O critério epicurista de justiça é meramente utilitário: “o que se verifica ser util segundo as necessidades da reciproca convivência tem caráter de justo”. E, por conseguinte, a utilidade que nos dá a pedra de toque para a verificação da justiça ou naturalidade de uma lei, pois *só o que é util é natural*.

A ultima conclusão de EPICURO é a de que o sábio não deve se confundir com a turba, sendo seu dever evitar a politica, pois as leis não precisam impedir que o sábio faça o mal, e existem apenas para que êle não o sofra. A sabedoria consiste em isolar-se para realizar a existência de um justo em si, de um *justo por natureza*, como haviam afirmado os maiores pensadores de Hêlade. Para êle a justiça é algo de contingente, que resulta de uma combinação de vontades, méro acôrdo que exprime o que é mais util a todos ou ao maior número. O valor supremo para a ordem social não é, pois o *justo*, mas sim o *util*: é o util social que, segundo EPICURO, decide sôbre o justo social, que varia através do tempo, segundo as variações múltiplas da utilidade. Assim, se uma lei deixa de ser util, perde, “*ipso facto*”, a qualidade de ser justa, maneira de pensar esta que coincide, em linhas gerais, com a do utilitarismo de todos os matizes e que, no fundo, constitue a noção nuclear de grandes correntes do positivismo juridico.

Dessa concepção só poderia resultar uma idéia negativa do Direito, como foi expressa pela formula lapidar que os juristas romanos registaram, não sem apontar a sua insuficiência: *neminem laedere*.

Dentro de semelhante concepção ética é natural que surja o *individualismo cosmopolita*, capaz de isolar o sabio da vida, da atividade politica. Atomista em fisica, EPICURO é individualista em ética. Neste ponto, como já disse, EPICURO continua DIÓGENES. Como é diferente o seu individualismo tímido e abstinente, do individualismo quasi

arrogante afirmado no periodo da sofistica, quando o homem ensaiava confiante os primeiros passos na escalada da montanha da ciência! Agora, ao envez, é o individualismo negativo dos fracos, dos que não souberam se manter nas cumiadas onde vergastavam as rajadas creadoras da filosofia platonico-aristotélica.

Encontram-se, pois, esboçados na doutrina de EPICURO, como bem o notou LINDSAY, os elementos mais significativos do individualismo, quasi sempre ligado a uma tésse contractualista expressa ou subentendida, tais como a sua concepção da sociedade como um agregado de individuos, a explicação do todo a partir das partes componentes (atitude mental no sentido do atomismo), o hedonismo e o alto valor atribuido à associação voluntária em virtude de um acôrdo de liberdades.

O estoicismo

Ao lado dos epicuristas, desenvolve-se a doutrina de ZENO e dos demais estóicos, os quais se ligam ao cínicos, como aqueles repetem e elaboram a doutrina do prazer dos cirenáicos.

De certa forma, o estoicismo é a antítese do epicurismo, mas não devemos exagerar. Enquanto EPICURO é atomista como DEMÓCRITO, os estóicos são geralmente unitaristas, como os heleatas; enquanto o primeiro é vitalista, os segundos são mecanicistas; enquanto o filósofo hedonista nega um “justo em si”, subordinando a justiça às variações do util, já os estóicos são defensores ardorosos do “jus naturale”, do justo por natureza; enquanto EPICURO prega a moral do prazer, ZENO e CRISIPO, EPITETO e MARCO AURELIO se mostram rigoristas em matéria moral, pregando a “virtude pela virtude”, a necessidade de viver segundo a razão, justificando até mesmo o suicídio como meio de libertação suprema do homem posto na dura contingência de não poder seguir o caminho da razão e do dever.

Entretanto, do ponto de vista ético, tão cauteloso se mostra EPICURO na escolha do prazer digno do sábio, que o seu hedonismo não estaria praticamente muito longe do ascetismo rigorista dos estoícos, muitos dos quais — como notou com amargura EPITERO — repetiam suas máximas inflexíveis, mas não viviam de acôrdo com elas... Além disso, tanto uns como os outros cultivam o conhecimento tendo em vista um fim etico, mirando antes a *atividade prática do sábio* do que a sua *atividade puramente teórica*. Para ambas as correntes, a Lógica, a Metafisica e as ciências particulares possuem menos um valor em si do que o de preparação ou propedêutica da Ética.

Os estoícos são panteístas e possuem uma concepção mecanicista do Universo. A divindade, tal como êles a concebem, está dentro, não fora do mundo, sendo a alma ou o espírito de tudo quanto existe, de sorte que a lei que o ordena é a mesma lei que rege a conduta humana.

A nota dominante da doutrina estoíca é o culto da *natureza*, não sentimentalmente à maneira dos românticos do século XIX, mas racional e friamente, identificando-a com a propria divindade. A máxima estoíca que aconselha a “viver honestamente” significa “viver segundo a natureza”, o que equivale também a “viver segundo a razão”. Ao contrario dos sofistas, de Epicuro e dos filósofos franceses do século XVIII, ZENO e seus discipulos não admitem antinomia entre Razão e Natureza: parece-lhes antes que a Natureza é a Razão mesma, visto como Deus está imanente no universo, animando todas as cousas.

O estoicismo, embora não seja um sistema como o epicurismo, é um conjunto mais ou menos coerente de princípios sôbre o universo e a vida, caracterizando-se, como filosofia ética, pelo seu idealismo, pelo seu cunho austero e aristocrático, pela sua doutrina rigorista do dever e da virtude pela virtude.

Concebendo a divindade como força imanente no universo, admite que a máxima aspiração ética seria viver se-

gundo a natureza. Diziam êles que a beleza e a harmonia do Universo é o sinal de sua perfeição, e que, se existem cousas más, elas não destroem a beleza imaculada do todo, servindo apenas para dar maior destaque à beleza, assim como em um quadro a sombra dá maior realce e brilho à luz e às cores.

O homem, centelha da força cósmica, deve praticar a virtude pela virtude, sem outra preocupação além do simples ato de ser bom. O bem supremo não está no prazer, mas no adimplemento do dever que resulta da razão. Tudo o mais, saúde, honrarias, riquezas, deve ser indiferente ao sábio, porque lhe pode ser prejudicial, afastando-o do caminho traçado pela *reta razão*, reflexo da razão divina universal.

Com referência à doutrina da virtude, é preciso lembrar que o estoicismo não compreende que se possa ser temperante sem ser justo, ou corajoso sem ser sábio: o homem virtuoso é aquele que, de maneira continua e não intermitente e por habitual disposição da alma, é, ao mesmo tempo, justo e temperante, sábio e corajoso, dado que a virtude é *uma só* não podendo haver meio termo entre a virtude e o vício.

A felicidade só pode ser alcançada pelo sábio, por quem, convencido da inelutabilidade das leis naturais, procura viver em permanente harmonia com a natureza. Deterministas, os estóicos dizem que o Acaso é uma simples palavra com a qual escondemos a ignorância relativamente ao que necessariamente se processa. Dizem eles, entretanto, que o sábio pode usufruir de uma liberdade, que resulta da não submissão àquilo que apenas tem a aparência de ser necessário.

Por sua obediência conciente às inelutáveis leis que regem o universo, os estóicos consideram-se mais livres do que os que proclamam illusoriamente a própria liberdade, visto como, na realidade, são vítimas de preconceitos e de infundados temores. O sábio estóico, ao contrario, subordi-

nando-se à inelutabilidade do que é verdadeiramente natural e racional, encontra energias bastantes para não se dobrar a falazes influências externas. O conceito estóico da liberdade equivale, pois, a uma consciência de necessidade, devendo o homem, com heróica fôrça de vontade, obedecer sempre aos imperativos da natureza ou da razão.

Sendo o universo concebido como um todo governado por leis inflexíveis, pode-se dizer que a idéia nuclear do estoicismo é exatamente a de *Lei*. Lembramos aqui as palavras quasi religiosas de CRISIPO sôbre a lei, rainha de todas as cousas: “a lei, dizia êsse grande mestre de estoicismo, é a rainha de todas as ações divinas e humanas; e é preciso que superintenda às cousas belas e feias e governe e guie como regra do justo e do injusto. Aos animais sociais por natureza deve ela ordenar o que deve ser feito e proibir o que não deve ser feito”. (Cf. 2, Dig., *De Legib.* I, 3, MARCIANUS). Essa alta concepção da lei nós a vemos repetida, quasi com as mesmas palavras, nos escritos de CÍCERO e dos jurisconsultos romanos, entre os quais foi decisiva a influência estóica.

E' claro que tais principios seriam incompatíveis com as conclusões epicuristas de uma justiça concebida como simples consequencia da combinação utilitária de todos ou da maioria. Os estóicos, em verdade, repudiam o relativismo utilitário de EPICURO e proclamam que a *justiça* não nasce da conclusão de um acôrdo entre os homens, não resulta de um pacto entre homens desejosos de não se prejudicarem mutuamente, mas é, ao contrário, *anterior às leis positivas*. A justiça apresentam-na como virtude que nos dirige segundo a razão natural, no sentido de uma vida segundo a natureza. A distinção entre justo e injusto é anterior e superior aos variaveis e múltiplos dispositivos da lei escrita, ou, como disse CÍCERO, consubstanciando ensinamentos estóicos, *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*.

Sabio é aquele que vive segundo a natureza, d'sposto a obedecer heroicamente às suas leis. Essas leis são iguais

para todos e podem ser concebidas por todos os homens como seres racionais. Assim sendo, não há que distinguir entre atenienses ou espartanos, porque todos são súditos de uma mesma lei, superior às regras relativas e passageiras criadas pelas convenções humanas. O sábio não é cidadão deste ou daquele paiz, mas pode se proclamar "*civis totius mundi*" como fez MARCO AURELIO, o imperador estóico, porque a *lei natural* é uma só e igual para todos.

A *lei natural*, ditada pela própria natureza, está gravada no coração dos homens, servindo de embasamento às leis positivas que nelas devem sempre se inspirar. Põem, assim, os estóicos os principios de que as leis positivas têm o seu fundamento na natureza mesma do homem, porque a sua racionalidade o torna um ser inatacável: *homo homini res sacra*. Essa idéia de que o respeito à personalidade humana constitue o fundamento da ordem moral parece-nos a mais preciosa das afirmações estóicas, tendo êles tambem sabido vêr que é na natureza humana que encontra o Direito o seu principio, como depo's foi dito por CICERO: "natura juris ab hominis repetenda est natura".

A doutrina socrático-aristotélica de um Direito Natural superior às leis escritas, a doutrina que SÓFOCLES concretizara no veemente protesto de Antígona contra as ordens arbitrarías de Creonte, é reafirmada pelos estóicos, mas com uma força nova, colocada como está no cen'ro de toda a concepção ética, como expressão mesma da razão divina que anima o universo e da qual são partícipes todos os seres racionais.

Consequência lógica do princip'io de que os homens são iguais perante a lei natural é a condenação de todas as formas de escravidão, o que os estóicos fazem proclamando a igualdade de todos, repudiando a tese da desigualdade natural dos homens ainda aceita por PLATÃO e ARISTÓTELES.

Ao lado do franco repúdio da escravidão como instituição natural, afirmam os estóicos a existencia de uma "sociedade do gênero humano", superior aos Estados particula-

res, (*civis omnium maxima*) sociedade essa baseada na igual natureza dos seres racionais. Ainda aqui o princípio da igual participação dos homens à *lei natural da razão* é o critério diretor da vida prática: se os homens são igualmente dotados de razão, por natureza todos são iguais e pertencem a uma única sociedade, à do gênero humano.

Dess'arte, ficavam feridos em cheio dois princípios fundamentais da vida ético-política dos helenos, sobre os quais haviam sido lançadas as bases de sua cultura: o da *desigualdade natural dos homens*, essencial a uma ordem econômico-social eminentemente aristocrática; o do *particularismo urbano*, isto é, da "polis" como centro de atividade ética, particularismo esse que não desapareceu nem mesmo quando se constituíram federações ou ligas de cidades.

Desse ponto de vista, o estoicismo não foi uma doutrina integrada na "cultura" helênica; representa antes uma antecipação ou preparação de uma outra "cultura", de um outro "sistema de valores humanos" trazido ao mundo pelo Cristianismo.

Aliás, se pelo *universalismo, a fraternidade e a doutrina da igualdade*, o estoicismo prepara o advento de CRISTO, colocando-se fora das abcissas da "cultura" grega, não é menos certo que no estoicismo também se encontram valores que são mais próprios da gente romana. Os romanos já eram estóicos antes de ser formulada a doutrina estóica: eram-no por sistema e concepção de vida, por pendor natural e pela educação enérgica da vontade. Daí a explicável repercussão dos ensinamentos estóicos no mundo romano, entre seus maiores jurisconsultos, na parte relativa à prática da virtude pela virtude, do dever pelo dever, e quanto à concepção de um Direito Natural superior às leis escritas e medida ética das concretizações históricas do "jus".

O voluntarismo romano não podia, porém, aceitar integralmente a subordinação do homem às leis naturais em um sentido físico e materialista. A análise mais sutil do estoicismo romano tem-nos revelado o equívoco daqueles

que apresentam a gente do Lácio como simples repetidora das idéias estoicas, sem qualquer contribuição original. A consciência da autonomia da vontade responsável em face da lei é uma afirmação espontânea, diríamos quasi congênita, dos romanos, como foi observado por DILTHEY, que justamente lhes atribue um grau de consciência histórica superior à dos helenos e uma compreensão mais vital do pensamento, virtudes que se revelam na constituição do Imperio, na fundação de um direito próprio e de uma ciência jurídica independente.

O esticismo, doutrina de uma cultura em declínio que reúne todas as suas energias para um último lampejo, torna-se em Roma, como o notou VILLARI, fonte primacial de resistência e de domínio. Para tanto, reagem os romanos contra o fatalismo físico de ZENO e CRISIPO, não podendo compreender e muito menos admitir que a “*natura naturans*” determinasse igualmente os homens e as pedras. Lembra-nos DILTHEY que CICERO opõe ao logicismo dos gregos os conceitos vitais de seu povo e a consciência imediata: “*Est autem aliquid in nostra potestate*” (de fato, XIV 31).

Mas aqui já é um outro mundo que se nos mostra, com outros pressupostos e outros valores, onde predominam elementos volitivos, prevalecendo o sentido da conquista sobre a mera contemplação do universo e da vida.

NOTA — O presente trabalho são notas de aula, taquigrafadas no curso que dediquei, em 1941, ao estudo do desenvolvimento do pensamento filosófico-jurídico.

Os três pilares da democracia

A. Almeida Júnior

Pela mão amiga de ex-alunos meus, da Faculdade de Direito, sou trazido hoje perante êste auditório, para que diga algumas palavras a propósito do problema que na atualidade empolga a opinião pública brasileira. E' óbvio que me refiro ao problema político da redemocratização das nossas instituições.

Os jovens advogados que me convidaram estavam, creio eu, bem informados sôbre a minha formação cultural. Sabiam que, apesar de professor numa escola jurídica, não sou jurista, e que, portanto, na melhor das hipóteses, só poderei encarar o meu tema através de dois prismas: o da educação e o da medicina social. Conheciam também êsses amáveis ex-alunos, por experiência pessoal, o exato alcance dos recursos dialéticos do conferencista, os quais, como acentuou com precisão um deles, apresentam a nota característica (e, digamos entre nós, a nota um pouco enfadonha...) do didatismo. Vale dizer, pelo avêso, que, quando o orador assoma à tribuna, a musa da eloquência discretamente se afasta. Deviam estar informados, enfim (e se não estavam cometeram gravíssima imprudência!), de que, embora simples soldado raso, tenho posição definida numa das agremiações políticas que aguardam, ansiosas, o dia 2 de dezembro, para levarem às urnas o voto que elegerá o presidente legal dêste País e que restabelecerá, entre nós, o regime democrático.

(1) Conferência por ocasião da instalação do Comitê Democrático dos Advogados de São Paulo, a 1.º de setembro de 1945.

Agradeço, desvanecido, a distinção do convite, e assinalo, ao mesmo tempo, o alto espirito de tolerância que o orientou, o qual mostra desde logo que êste cenáculo, agora inaugurado, será de fato uma tribuna para a livre exposição e debate das doutrinas políticas que se apresentem como sucetíveis de conduzirem o nosso povo à felicidade que êle merece, e que reclama.

Limitação do tema.

O título desta conferência é propositadamente restritivo. Não me proponho discorrer sôbre o conteúdo ideológico do regime democrático, e sim, unicamente, a respeito das bases em que êle assenta: os três pilares da democracia. E, visto que me saiu, logo de início, êsse rótulo cabalístico, eu poderia, no tocante à definição de atitudes, conservar-me no domínio da mística e do impressionismo. Como há os “queremistas,” que “querem porque querem”, sem maiores explicações, eu apenas diria que gosto da democracia... porque gosto!

Com efeito, não é só em matéria de filosofia que a orientação do individuo depende (segundo afirma WILLIAM JAMES) do seu temperamento. Êste fator irracional também pesa nas predileções políticas. Há reis que por natureza são democráticos, como há presidentes, eleitos ou não, cujas íntimas tendências se volvem para a tirania. Não cheguemos ao exagêro de falar, como falariam Lombroso ou Ferri, em ditador-nato, em democrata-nato; mas o que se pode dizer é que autocracia ou democracia resultam muito das inclinações pre-lógicas do coração. Existem homens (e o Brasil infelizmente os conhece!) que, digam êles o que disserem, jamais deixarão de pender para as formas autocráticas de govêrno. O rei Lear, mesmo louco, era rei até à raiz dos cabelos: êstes, a que me refiro, são anti-democráticos até à medula dos ossos.

Definição e evolução da democracia

Evitemos o terreno movediço das definições. Se LINCOLN costumava repetir que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, aqui no hemisfério sul se insinuou, não faz muito tempo, que governo democrático é aquele que satisfaz os interesses do povo. Neste derradeiro sentido, que mostra como até os dicionários estão sob o perigo dos golpes de Estado, Hitler e Mussolini reclamariam para si o privilégio da adoção de novas técnicas rigorosamente democráticas, pois os massacres de judeus, a noite dos longos punhais, o assassinio de Matteoti, o manganelo e os campos de concentração foram levados a efeito, segundo êles, para satisfazer os interesses do povo.

“A fórmula que compreenda todos os tipos de democracia (opina LORD BRYCE) ainda está por ser encontrada.” De um lado, os teóricos da Política não falam numa democracia, mas em muitas. De outro, a prática do regime através das épocas e dos lugares, tem sido igualmente flexível. A democracia romana diferiu, outrora, da democracia ateniense, assim como hoje as instituições democráticas norte-americanas se distanciam das que imperam na Inglaterra. Expressando-me como estudante de Biologia, sinto-me tentado a dizer que a democracia, o mais alto produto da evolução política, tem seiva como os vegetais, tem sangue como os animais, e, à maneira dos seres vivos, constantemente se modifica para melhor se adaptar ao seu tempo e ao seu meio. “A democracia é evolucionista”, escreveu o Presidente BENES. “Sabe que nenhuma ordem social é ou pode ser perfeita, e que uma sociedade ideal e perfeita não existe, pois é inatingível em virtude das próprias fraquezas humanas. Mas crê na possibilidade do aperfeiçoamento e do progresso da humanidade.”

O drama da evolução democrática

O drama característico da evolução da democracia vem sendo a luta entre a sua própria força interior, como ideal que procura afirmar-se, e a fraqueza do seu sustentáculo material. O infante cresceu súbitamente em estatura e pêso, sem que o tivesse acompanhado no ritmo evolutivo a capacidade coordenadora dos membros e do equilíbrio. Com efeito, da república ateniense à república norte-americana, tem visto a democracia rapidamente expandir-se a respectiva base demográfica, em busca de justificação cada vez mais objetiva da sua natureza. Mas êsse mesmo alargamento, que lhe é inerente e imprescindível, êsse crescente apêlo a novas classes sociais para participarem da atuação política, se lhe aumenta progressivamente a vitalidade, também dia a dia lhe agrava o perigo da desorientação. Em suma, a mesma causa produz consequências divergentes: revigora os músculos e desnorteia o cérebro; é força física e é fraqueza espiritual.

Já quatro séculos antes de Cristo, PLATÃO, apreciando o regime democrático, declarava, com filosófica ironia: “E’ uma encantadora forma de govêrno, cheia de variedade e de desordem, e que atribúi uma espécie de igualdade não só aos iguais, mas também aos desiguais.” Aristóteles, pouco depois, testemunhando, talvez, a desintegração política da Grécia, sentia análogas apreensões. A democracia, no seu entender, simples perversão do regime constitucional, levaria à desordem, pois nela a responsabilidade do govêrno cabe, não aos que possuem, mas aos necessitados, aos indigentes, isto é, aos que não pensam senão em atender à grosseria dos instintos. Passam-se os séculos; sucedem-se as revoluções de caráter democrático; mas o temor persiste. HAMILTON, na jovem república norte-americana, repetindo a seu modo a crítica dos gregos, afirma: “o povo é turbulento e inconstante, raramente julga com exatidão”. Subentende-se que êsse povo — turbulento e inconstante — não julga com

exatidão porque, em lugar de examinar os fatos diretamente, coloca entre êstes e o seu aparelho investigador o prisma dos apetites. “A essência do govêrno democrático (dizia VERGENNE) é sempre a inveja”. Ainda hoje, estudando o problema psicodinâmico da democracia, THOMAZ FRENCH encontra a inveja entre os seus motivos ocultos: cada cidadão renuncia aos respectivos impulsos de ascendência, contanto que os outros façam o mesmo...

Ora, havemos de convir em que será difícil governar os povos com sabedoria, tendo-se por apoio a ignorância e a miséria; ouvindo-se, de um lado, o clamor da turbulência, e, de outro, os cochichos da inveja. Como chegar, através desses feios caminhos, à realização da felicidade humana? Como viver em democracia?

Democracia e demagogia

Os receios de ARISTÓTELES ainda uma vez previram as consequências: entregar ao povo o govêrno da república, não é instalar a democracia, e sim abrir as portas à demagogia. “Onde o povo manda”, disse êle, “onde o povo manda e as leis não o contêm, pululam os demagogos.” Isto, sim, é que é uma verdade. O regime dos demagogos, e não a democracia, é que ARISTÓTELES deveria desde logo ter chamado de perversão. Em rasgo genial de intuição psicológica, pinta SHAKESPEARE, através de quadros de uma de suas tragédias, o demagogo em ação, a explorar a ignorância, a miséria, os apetites da multidão, para o fim de cavalgá-la. O revolucionário JACK CADE propõe o seu programa de reformas: “todos comerão e beberão à minha custa” (exclama aos seus adeptos); “todos os bens serão comuns”; “todos andarão vestidos do mesmo modo, para que pareçam irmãos.” E pressentindo que o império da lei e do direito é o principal adversário da demagogia, conclui: “mataremos todos os juristas!”

As duas condições antagônicas — de um lado, o anseio pela democracia, a reclamar a plena participação do povo no govêrno; de outro, a incapacidade política dêsse mesmo povo, a contra-indicar essa participação — colocam a sociedade humana em face de angustioso dilema. Ou contentar aquele anseio, e então cair na demagogia; ou atender a esta restrição, e nesse caso deixar que prevaleçam oligarcas e tiranos.

A Itália de 1922 (para só falarmos dos casos recentes), a Alemanha de 1933, o Brasil de 1937, enveredaram por êste último caminho. Expresso ou implícito, o argumento era idêntico ao contido nas críticas dos gregos: a incapacidade do povo para orientar-se; a sabedoria política como privilégio de uns poucos, representados êsses poucos, nos casos citados, por ditadores infalíveis e pelos áulicos que os ditadores escolhessem. De acôrdo com a síntese de BERTRAND RUSSEL a respeito da eclosão dos regimes fascistas (fenômeno a que todos nós tivemos a desventura de assistir), a coisa se efetiva em duas etapas. A primeira é a reunião, sob um líder mais ou menos enérgico e astucioso, de certo número de homens que possuam, em proporção maior do que a usual, condições de ociosidade, de brutalidade e de estupidez. A segunda etapa consiste em enfeitçar os imbecis e em amordaçar os que enxergam; àqueles, mediante a excitação emocional; a êstes, pelo terror. Essa técnica, diz BERTRAND RUSSELL, é velha como as montanhas; foi posta em prática em tôdas as cidades gregas, e os modernos não fizeram mais do que aumentar-lhe as proporções.

Em outras palavras, são os regimes nazi-fascistas, e não os democráticos, os que mais se servem da muleta da demagogia. “Pode-se dizer, e é verdade — assevera MANNHEIM — que certos govêrnos (o fascismo, o nazismo) apelam frequentemente para as reservas irracionais, e, procurando uniformizar as tendências sociais e políticas e eliminar os atritos decorrentes do espírito crítico, da diversidade de grupos e das diferenças individuais, tendem, em última análise, a instalar a unanimidade massiça, a estabelecer um nivela-

mento pelo inferior e a abaixar, em consequência, o nível espiritual.” Comentando tal observação, escreve o prof. FERNANDO AZEVEDO: “Esse apêlo das ditaduras às reservas irracionais, emotivas, das massas, com o propósito de agir sôbre os instintos e paixões e provocar-lhes reações periódicas, — uma das manifestações mais inquietantes da “desracionalização” do pensamento, ou da regressão geral e consciente do pensamento racional, é que constitúi a grande crise do mundo moderno. E’ a guerra de morte do “sum” (filosofia existencial) contra o “cogito” (filosofia racionalista.)”

O povo “quer já”

Sejamos justos, e não queiramos ver nas democracias de antes da última guerra, o paraíso que elas não eram. Muitos dos seus líderes, imitando a conduta de Cesar e de Pompeu, diziam ao povo mais ou menos isto: damos-te inteira liberdade política; vota em quem quizeres; todavia, só terás direito à ração oficial de pão, se votares conosco. Mas o ditador da nova escola vai além, pois parodia e completa o demagogo de SHAKSPEARE: “Asseguro-te a ração de pão (diz êle),contanto que me deixes governar-te à minha moda. Come e cala-te!” Para aqueles, o homem do povo, quase todo espírito e quase nada substância, será capaz de crescer e engordar alimentado apenas com os eflúvios da liberdade. Para êstes, o povo se resume num estômago. Tivéssemos entretanto de escolher entre os velhos regimes democráticos e as ditaduras que os sucederam, creio que os mais avisados não trepidariam: antes as formas de govêrno que, embora imperfeitas, caminham para a frente, do que as que em si mesmas são um retrocesso.

Todavia, o dilema que a situação nos apresenta não é bem êsse. Pode-se até dizer que nem sequer existe diante de nós qualquer dilema. O povo de agora, o do Brasil, o da América, o do mundo inteiro; o povo que venceu com o seu

sangue o monstro da tirania e que decidio, com a sua vitória, o rumo definitivo da civilização, quer ser, de hoje em diante, corpo, e também espírito. Reclama um lugar à mesa onde mate a fome, e outro, nas assembléias legislativas e nos postos de govêrnos, de onde possa compartilhar da direção da comunidade.

E inegável ainda hoje a procedência dos receios de PLATÃO e de ARISTÓTELES; o povo não está maduro para governar-se; é alto o seu índice de ignorância, reduzida a sua capacidade de escolha, violentas e contraditórias as suas paixões. Mas demonstraram porventura excepcional superioridade, em relação a êsse mesmo povo, os homens que, pelo Brasil em fora, estiveram, durante quarenta anos, à frente das oligarquias? Administraram a contento e sem apetites os negócios da república os que últimamente, pela astúcia e pela fôrça, empolgaram o poder? Conseguiram aqueles assegurar ao menos a liberdade política? Cumpriram êstes a promessa mínima de matar a fome aos que não nasceram ricos? Evidentemente, não.

Desde, pois, que uns e outros falharam até mesmo ao compromisso que assumiram, que o povo, enfim, o povo soberano e legitimamente organizado em partidos, reivindique as suas prerrogativas e escolha, pelo voto livre, o seu govêrno. Êle não está preparado, é certo, como também não o estavam os ingleses e os americanos, quando principiaram a votar. Pois que se prepare no próprio atrito da experiência. “Learning by doing”. Os ditadores, visto que são infalíveis e inspirados por Deus, não têm o direito de errar: o povo tem êsse direito. Os candidatos propostos por um partido podem não dar certo: o povo, na eleição seguinte, preferirá os candidatos do partido oposto. “A periodicidade das eleições (sublinha SALVEMINI) decorre exatamente da falibilidade do povo.”

Por isso, aos que porventura perguntarem ao povo brasileiro quando quer êle tomar conta da máquina do Estado, que a resposta seja idêntica á do nosso jovem imperador: “Quero já!”

Os dois primeiros pilares

Nada disto, entretanto, nos fará perder de vista o fato fundamental de que cada democracia vale o que valem os seus cidadãos. Se os governos oligárquicos podem contentar-se com valorizar apenas a sua meia dúzia de líderes, é da essência mesma do regime democrático (e nisto está em grande parte o seu mérito) que o povo se esforce por seu próprio desenvolvimento.

O primeiro e o segundo pilares, que havemos de ir assentando afim de que o Brasil se conduza airoso na tarefa de governar-se, estão de tal forma prêsos um ao outro, que não é conveniente isolá-los, nem estudá-los separadamente. A saúde depende da educação, tanto quanto a educação depende da saúde; e a insuficiência de ambas se responsabiliza, em parcelas difíceis de precisar, pelas diferenças físicas e mentais que hierarquizam os homens, colocando a uns sob o domínio dos outros.

Hereditariedade e democracia

Os adversários da democracia apontam, escandalizados, para o fato de serem os homens profundamente desiguais em suas capacidades. Recorde-se o comentário irônico de PLATÃO: “encantadora forma de governo, que iguala até os desiguais...”

“Alguns me perguntam (diz CONKLIN, biólogo contemporâneo): se acreditais na hereditariedade, como admitis a democracia? Outros indagam: se acreditais na democracia, como admitis a hereditariedade?”

Ignoram, ou esquecem, êsses adversários, um fato fundamental. E é que a maior proporção das desigualdades físicas, e principalmente das desigualdades mentais, que inferiorizam os homens, provêem, não da hereditariedade (como parecem supôr), mas das fôrças ambientais. Venho,

a êsse propósito, coligindo há vários anos, e muito de caso pensado divulgando, quer em conferências, quer em aulas ou publicações, o que a investigação científica tem apurado, no que concerne à ação das doenças, das deficiências alimentares e dos defeitos de educação, sôbre o desenvolvimento da criatura humana.

“Vi uma vez (escreve GILBERTO FREYRE), depois de mais de três anos massivos de ausência do Brasil, um bando de marinheiros nacionais — mulatos e cafusos — descendo não me lembro se do “São Paulo” ou do “Minas”, pela neve mole do Brooklin. Deram-me a impressão de caricaturas de homens.” E acrescenta: “Faltou-me quem me dissesse então, como em 1929 Roquette Pinto aos arianistas do Congresso Brasileiro de Eugenia, que não eram simplesmente mulatos ou cafusos os indivíduos que eu julgava representarem o Brasil, mas cafusos e mulatos *doentes*.”

A doença, porque diminuí a inteligência, porque reduz a capacidade de esforço, porque empobrece e consequentemente dificulta o cultivo intelectual, aprofunda cada vez mais as separações sociais. Preveni-la e combatê-la, restabelecendo-se a saúde de dois terços da nossa população, constituem providências essenciais a serem tomadas com urgência, para o pleno florescimento da democracia no Brasil.

Na difícil e demorada solução dêsse problema também se incluí a questão alimentar. Perdoai-me, a êsse respeito, algumas minudências de caráter especializado, sem as quais ficaríamos a argumentar no vácuo. Pode-se considerar, para média individual, em cada família brasileira, o valor de 3.000 calorias como mínimo indispensável da ração energética. Pois bem: mesmo na Capital de São Paulo, se há famílias operárias em que a média, em 1935, ultrapassava êsse mínimo, não eram poucas, pois representavam 37% dos casos investigados, as em que a despesa individual se colocava abaixo de 2.600 calorias. Note-se que estamos falando do operariado desta Capital, da Manchester brasileira. Em lugares economicamente menos favorecidos — como o

Recife, — a média apurada, verdadeiramente incrível, foi de 1.646 calorias, isto é, cêrca de metade da ração mínima de energia. Se descessemos a outros pormenores — à ração proteínica, à de minerais, ou à de vitaminas — maior seria o nosso espanto. A propósito destas últimas, das famigeradas vitaminas, cantadas em prosa e verso, dir-se-á que, apesar de tudo, são escassas entre nós as avitaminoses, como a xerofthalmia, o beriberi, o escorbuto e o raquitismo. Sim, é bem provável. Mas, com impedir as avitaminoses francas, não se exgotam as funções das vitaminas, pois que a sua carência mitigada e crônica, como sucede em relação à nossa gente, se traduz por deficiências físicas e psíquicas que, embora menos dramaticas, roubam ao País uma alta parcela de vitalidade e de energia construtiva.

Desce a Genética à arena política

Em referência à suposta superioridade genética das famílias abastadas, HENRY WALLACE, o famoso ex-vice-presidente dos Estados Unidos, tendo dedicado alguns anos ao estudo da Genética, e outros tantos aos dos problemas sociais, adverte: “A hereditariedade é um fato, e não podemos escapar aos seus efeitos. Mas eu creio que todo geneticista digno dêsse nome concordará em que o meio também é um fato, e que não podemos verdadeiramente avaliar o lugar da hereditariedade, antes de fornecermos um ambiente favorável para que os cromosomas e os “gens” efetuem o seu trabalho.”

Reunio-se em Edinburgo, em agosto de 1939, ou seja nas vésperas da deflagração do último conflito mundial, um congresso científico ao qual compareceram os mais reputados geneticistas da atualidade. Ao encerrarem as suas sessões, em que altos problemas biológicos foram examinados, julgaram os congressistas que a sua tarefa ficaria incompleta se êles permanecessem na torre de marfim da ciência pura, e se, como fazem, infelizmente, não poucos intelectuais, se es-

quivassem de descer ao nível do cidadão comum, para discutir os vitais problemas da política. No importante manifesto que então lançaram ao mundo, êsses cientistas de tão larga compreensão de suas funções na vida social, aceitando embora a premissa básica da existência de diferenças hereditárias entre os seres humanos, declaram que o verdadeiro aperfeiçoamento da humanidade depende de mais profundas mudanças nas condições sociais e nas atitudes dos homens, e que não pode haver fundamento válido para estimarmos e compararmos o valor intrínseco dos diferentes indivíduos, sem condições econômicas e sociais que proporcionem aproximadamente iguais oportunidades a todos os membros da coletividade, em vez de os estratificarem desde o nascimento em classes com privilégios desiguais. Nos termos ainda do mesmo documento, a melhora biológica e psíquica dos elementos da comunidade, jamais será alcançada se a produção não se organizar principalmente para beneficiar o consumidor e o trabalhador; se as condições do trabalho não se adaptarem às necessidades dos pais, e se a organização das habitações, das cidades e dos meios de comunicação não fôr reformada no sentido do benefício das gerações infantis.

No mundo científico, tais ideias não pretendem mais à originalidade, pois eram já correntes antes mesmo de 1939, e se repito aqui as palavras mais ou menos textuais do famoso manifesto, é tão só para prestigiar os seus conceitos com a autoridade mundial dos respectivos signatários.

Eu mesmo, meses antes daquela reunião, escrevia que o problema urgente do Brasil não é o da raça e sim o da higiene e da educação. Não podemos dizer mal do nosso plasma germinativo antes de lhe haveremos facultado os elementos essenciais ao seu pleno florescimento fenotípico. Temos que dar a cada indivíduo, na cidade ou na roça, o conforto e a saúde indispensáveis às manifestações da vida civilizada. Melhorar a habitação de cada família, combatendo, pelo tratamento causal, o fenômeno urbano dos mocambos, das favelas e dos cortiços, o fenômeno rural dos ranchos sem prote-

ção, sem luz, sem água e sem limpeza. Curar a população; resguardá-la contra os assaltos da malária e do amarelão, da tuberculose e da lepra, da sífilis e do alcoolismo. Promover condições que lhe permitam alimentar-se satisfatoriamente, recebendo cada dia, não só a dose necessária de calorias para o trabalho, mas ainda as proteínas, os minerais e as vitaminas que estimulam o organismo em tôdas as atividades funcionais e que despertam no homem o gôsto pela vida e pelo trabalho criador. E a todos facultar os benefícios da educação, levando o ensino, sob as suas múltiplas feições, às crianças, aos moços e mesmo aos adultos de quaisquer pontos do território nacional.

O círculo vicioso da autocracia

Por nos terem faltado, até êste momento, em proporções adequadas, êsses dois sustentáculos da democracia — a saúde e a educação — nossa gente, ao que se murmura com o intuito de “justificar” e de “continuar”, se encontra agora imatura para as funções políticas que lhe cabem no regime democrático.

E por que motivo, meus senhores, por que motivo tem escasseado ao brasileiro aqueles dois benefícios? A resposta (a não ser que pertençamos a uma espécie particular, sub-humana) só pode ser uma. E' porque não se chegou a praticar ainda, entre nós, na devida plenitude, o regime democrático. Visto que o povo não votava, ou quando votava não o fazia livremente, havia desinterêsse da parte dos eleitos (ou dos que se auto-elegiam) em resolver os problemas do povo. Falava-se muito, isso sim; discursava-se nas manifestações “espontâneas” e nos estádios de futebol. Mas pouco se fazia. De sorte que ficavamos, e ainda continuamos neste círculo vicioso: o povo, porque é incapaz, não pode viver em democracia; mas, enquanto não vier a viver em democracia, continuará sendo incapaz.

O terceiro pilar

Falta ainda, entretanto, um pilar, o terceiro, sem o qual as instituições democráticas não se conservarão em equilíbrio. Já foi dito que das três graças da democracia de 1789, — a liberdade, a igualdade e a fraternidade, — a liberdade é a primeira. Passando das graças, que estão dentro da democracia, para os pilares, que formam a sua base, também reclamo a presença da liberdade. “The last, but not the least.” O homem de hoje que a menospreze, ou não é psicologicamente sadio, ou foi privado dos benefícios da educação. A ausência consentida do último pilar significa a ausência prévia de pelo menos mais um dos outros dois.

A liberdade é o oxigênio da vida democrática. Se há (o que me parece fantasia) nações democráticas que consigam viver sem liberdade, trata-se, por certo, de alguma exótica produção da fauna política, decorrente do fenômeno biológico das mutações. Será uma democracia anaeróbia, em cuja atmosfera qualquer de nós se sentiria asfixiado.

Discute-se sobre se o amor à liberdade constitui, ou não, parte integrante da natureza humana. A meu ver, esse sentimento está implícito no âmago da mais rudimentar das sociedades, tanto quanto no embrião das aves se contém as asas em estado potencial. Que o embrião não aborte, que a sociedade amadureça, e as asas oportunamente se abrirem, no movimento espontâneo e natural do vôo.

O fato é que todos aqueles regimes que detestamos, detestam por sua vez a liberdade. Hitler declarou, um dia: “A Providência ordenou que eu seja o maior liberador da humanidade. Estou libertando os homens da ambição da liberdade...”

Só a liberdade é fecunda, pois os sistemas anti-liberais estancam a produção especificamente humana. O que eles edificam — quando edificam — pertence apenas às manifestações sociais vegetativas, às expressões mecânicas da atividade, e não à vida cívica e moral. “Os períodos de liberdade suprimida ou oprimida (como declarou BENEDETTO

CROCE) contribuem para a produtividade geral da história, sómente na medida em que a supressão ou a opressão não é absoluta e completa.” Na produção científica, por exemplo, — eterno motivo da gabolice da Alemanha — o nazismo, mesmo depois de recrutar, à fôrça, elementos estrangeiros, perdeu o grande e decisivo pário da bomba atômica: venceram as nações amantes da liberdade. Da criação literária, já se ocupou ALFIERI, no século XVIII, acentuando que a literatura que viceja em tórno dos tiranos, tem sido sempre uma arte de mediócras.

A tirania, enfim, porque tolhe a liberdade, é em si mesma estéril e esterilizante.

A árvore das liberdades

Mas de que liberdades se trata, quando se fala no florescimento das democracias?

A preocupação dominante entre os escritores do passado, era a liberdade de palavra. Sem dúvida que a palavra, como as trombetas de Israel, é fôrça irresistível, e, a rigor, na liberdade que se lhe dê estão de certo modo contidas tôdas as demais. Convirá, entretanto, que sejamos analíticos, e que principiemos pela base. “O mító grego (faz notar WHITEHEAD) foi claro. O revoltado Prometeu tentou conquistar, não a liberdade de imprensa, mas o fogo, que cozinha e aquece.”

A liberdade de dispôr de si, é, entre tôdas, a primordial, e, para conseguí-la a investigação científica tem sido o mais prestimoso auxiliar da humanidade. ROBERTO MILLIKAN, estudando recentemente as extraordinárias perspectivas que a ciência está abrindo, no sentido da liberdade humana, comenta: “Nos Estados Unidos, empregavam-se em 1929 cêrca de 13,5 cavalos-hora por dia, *per capita*, — o equivalente a 100 escravos humanos para cada um de nós; na Inglaterra a média era de 6,7; na Alemanha, de 6,0; na França, de 4,5; no Japão, de 1,8; na Rússia, de 0,9; na China, de 0,5. Ai está (diz o reputado cientista) aí está porque não mais conduzimos os

nossos navios por meio de escravos amarrados aos remos, como faziam os Gregos e os Romanos. Ai está porque não mais escravizamos populações inteiras, como faziam os Faraós. Ai está porque frequentam as escolas secundárias dos Estados Unidos, hoje, dez vezes mais rapazes e moças, do que em 1890 — mais de cinco milhões hoje, meio milhão naquela época. Ai está porque temos presentemente um dia obreiro de oito horas, em lugar de um dia de dez, de doze e de catorze horas, como naquele tempo.”

Essa progressiva libertação física, que entre nós está apenas começando, há de acompanhar-se da ruptura, igualmente progressiva, dos grilhões econômicos que ainda encadeiam a maioria da nossa população. Mais uma vez irá a política bater às portas da ciência. “Ao passo que a velha ordem (diz um economista americano) se baseava na competição, a nova ordem da ciência torna possível, pela primeira vez, um esforço cooperador de criação, no qual todos ganham e ninguém perde.” “Já a ciência (continua êle) fez maravilhas para elevar o padrão de vida e de conhecimentos; mas as forças naturais ocultas são tão grandes, que podemos nos considerar apenas no início das nossas realizações.” O operário médio, nos Estados Unidos, pode hoje comprar sete vezes mais coisas, com o seu salário, do que podia fazê-lo em 1840, e tem mais do que o dôbro das suas possibilidades de 1910.

Êsses e outros “records” de libertação física e de aumento na capacidade econômica popular, são a resposta objetiva aos que julgam impossível melhorar condignamente o padrão geral de vida, sob o regime da liberdade democrática.

Liberdade de cultura e liberdade política

Pari-passu, havemos de nos empenhar na conquista da liberdade de cultura. Está implícita nesse propósito a efetivação da conhecida fórmula — “igual oportunidade para todos.” Efetivação real e concreta. Teóricamente, damos

a todos os moços que atingem a idade de dezoito anos a mais completa igualmente de direitos. Podem competir entre si no concurso à lotação das escolas superiores; podem tomar parte na disputa aos cargos eletivos; podem candidatar-se livremente aos postos de govêrno ou aos embates gerais na luta pela subsistência. Mas não vemos, ou fingimos que não vemos a profunda desigualdade que prevaleceu nos seus longos dezoito anos anteriores, em que, pelo simples acaso do nascimento, uns tiveram tôdas as facilidades para a garantia e o incremento da saude e da cultura, ao passo que outros não tiveram nenhuma. Enquanto não enfrentarmos corajosamente êsse problema, afim de atenuarmos os males que da sua existência decorrem, não teremos fornecido à democracia o material humano que ela está a exigir.

Inclua-se igualmente nos pressupostos democráticos o respeito à espontaneidade do espírito juvenil, à liberdade do seu pensamento. Impor à juventude escolar, como ainda fazemos entre nós, o estudo de velharias, inúteis quer do ponto de vista pragmático, quer como cultura, é uma violência inominável, e só alcança esterilizar o espírito criador das novas gerações. Será processo eficaz para a fabricação de inimigos do progresso e de louvaminheiros da tirania, mas não para a formação de homens livres, capazes de iniciativa e de crítica. Educação ditatorial, ciência ditatorial, literatura ditatorial, patriotismo ditatorial, são coisas igualmente falsas e nefastas.

No ápice, afinal, veremos amadurar a liberdade política, o fruto mais característico dessa árvore de liberdades que a democracia tem o dever de cultivar. Por mim, subscrevo sem reservas a opinião de LINCOLN: um govêrno livre é melhor do que um bom govêrno.

Nas nações ditatoriais, a liberdade política se torna, como se sabe, inteiramente inútil, visto que, inspirado por sua congênita sabedoria, o ditador é infalível. Nem crítica, nem votos contra... Daí a censura. Daí o "partido único", em que todos opinam com a mais rigorosa unanimidade, e em que ninguem precisa pensar, pois a palavra de ordem, definitiva e irrecorrível, vem de cima, cruzando no ar com

a palavra de apláuso, cálida e pegajosa, que da bôca dos bajuladores sobe a acariciar a vaidade do supremo chefe.

Quando muito, em matéria de divergência de opinião — e isso a título de derradeira homenagem ao cadáver da democracia — aceitam-se dois partidos: um no poder, outro na cadeia...

Desloquêmo-nos para a esquerda

Liberdade democrática não significa, está claro (e creio que nunca significou), liberdade absoluta. E' pressuposto inelutável da vida em comum saber conservar o justo equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade, entre o direito e o dever, entre a liberdade e a responsabilidade. Sob todos os aspectos (inclusive sob o aspecto econômico), os extremos do individualismo, assim como os desvarios da socialização, revelam-se igualmente prejudiciais ao progresso, à cultura e ao bem estar dos homens.

Temos vivido até hoje, no Brasil, sobretudo em referência à distribuição do confôrto, excessivamente acomodados do lado direito. Agora, pelas mudanças radicais nas condições da vida e da opinião pública, mudanças essas aceleradas em virtude dos violentos abalos da guerra, precisamos nos deslocar, e vamos certamente nos deslocar para a esquerda. Isto, porém, assim o espero, sem abolição de nenhuma das nossas liberdades fundamentais. Nem a física, nem a econômica, nem a do pensamento, nem a política. Devemos conservar tôdas elas, ainda que com as restrições reclamadas pelas circunstâncias e aceitas pelo consenso geral.

Sem a abolição de nenhuma liberdade, disse eu. Peço perdão: retifiquemos, ou, melhor, esclareçamos. Há uma liberdade contra a qual nos devemos insurgir por tôdas as formas ao nosso alcance. Refiro-me à liberdade de destruir a democracia, à liberdade de matar a liberdade. Pode suceder que surjam por aí, a pleitear o retrocesso (como agora mesmo está sucedendo), cidadãos que nasceram sem espinha, ou que sofrem da incurável nostalgia do ergástulo. A êsses, seguindo o velho conselho de ROUSSEAU, obriguêmo-

los a serem livres, ainda que pela fôrça. Quanto aos que porventura reaparecerem na praça pública, envergando ou não camisas coloridas, e candidatando-se ao lugar mais ou menos vago de “chefe nacional”, creio que não pode haver tergiversações. Praticado o competente exame de sanidade mental, seu destino se decidirá, conforme o resultado: manicômio ou penitenciária.

Conclusão

Meus senhores! Já vos devo ter fatigado com o meu rançoso didatismo. Vamos concluir. Antes de fazê-lo, porém, quero evocar com William Phelps e convosco, uma das cenas mais impressionantes dos “Miseráveis”, de VITOR HUGO. Certa noite, no Clube, um fanático de Napoleão I, Marius, proferia longo discurso laudatório:

“— Sêde justos, meus amigos (dizia êle). Ser o império de semelhante imperador, que magnífico destino para um povo, quando êsse povo é a França e quando alia o seu gênio ao gênio de tal homem! Aparecer e reinar; marchar e triunfar; ter cada Capital por entreposto; tomar os seus grana-deiros e fazê-los reis; decretar a queda de dinastias, transfigurar a Europa... Fazer do império francês o sucessor do império romano; conduzir o Grande Exército; mandar às legiões que voem sôbre a superfície da Terra, como uma montanha manda as suas águias para todos os lados... Vencer, governar, fulminar; ser na Europa uma espécie de povo redoirado pela glória; fazer ecoar na história uma clarinada de Titães; conquistar o mundo duplamente, pela conquista e pelo resplendor .. Isso é sublime, e que coisa, meus senhores, que coisa existe que possa ser maior?”

“— Ser livre,” respondeu Camberre.

Digamos, para terminar, sem a ênfase romântica de Vitor Hugo, mas com igual convicção: esforcem-se os moços que vivem esta fase decisiva da evolução da humanidade, no sentido de preservar e de aumentar as conquistas da civilização, procurando fazer do Brasil uma nação sadia, culta e de homens livres. O que equivale a dizer: uma nação definitivamente integrada na democracia.

O direito e o senso comum

Candido Motta Filho

“Je pense juridiquement”
PICARD — “Le droit pur”

A produção do direito

Quando, no começo dêste século, acentuavam os teóricos do direito, a existência de uma crise conceitual, — escrevia *Jéan de lo Brête*, n'um gracioso romance, que “le sens commun est le moins commun de tous les sens”.

A afirmação, que se perdia na banalidade de um romance para moças, traduzia, contudo, um estado de espírito e o grave aspecto de um dos problemas fundamentais da vida.

A decomposição do senso comum correspondia, pelo seu singular valôr sociogênico, a uma desvitalização da força jurídica existente. De um lado, surgia a ameaça da anarquia social, com o reaparecimento visível de uma guerra de todos contra todos. E, com isso, um predomínio do “não senso”. De outro, a ameaça do despotismo, com implantações do poder absoluto de uma vontade. E, com isso, a preponderância do “contra-senso”.

Apresenta-se assim o quadro social de nossos dias, quando, em verdade, o direito objetivado nas leis e na justa disciplinação dos interesses, fôra, sempre, em grande parte, alimentado pelo senso comum.

Entre os valores psicológicos e sociais da vida, o senso comum foi um dos que viveram por conta da natureza e das

regras da experiência humana. “O senso comum, — escreve M. L. LE ROY — contém, em estado confuso e informe, incontáveis resíduos de todas as opiniões filosóficas, de todas as sentenças que tiveram certa voga” (1).

Serve a imagem, mostrando que o senso comum, pelo que recebe, pelo que oferece e pelo que acumula através dos acontecimentos, — trabalha constantemente como terreno de aluvião. O direito aflora daí como uma vegetação própria e se torna a sua linguagem correta e precisa, ou como o define DURKHEIM, — “o simbolo vesível da solidariedade social” (2)

Quando GAROFALO diz que “o crime é a violação do sentimento medio de piedade e probidade” — está, sem duvida, dizendo que o crime é uma aberração do senso comum (3).

DURKHEIM assinala admiravelmente essa interdependência entre o direito e o senso comum, quando estudou a solidariedade mecânica. Ele encontra, nas raizes das instituições juridicas, um conjunto de crenças e sentimentos comuns, que classifica como “l'ensemble des similitudes sociales” (4). O senso comum é a prova dessa coexistência continua que assegura o direito de todos contra a arbitrariedade de alguns. “Geralmente se comprehende por senso comum, — ensina JOUFFROY, um certo numero de principios e de noções evidentes por si mesmo onde todos os homens colocam os motivos de seus julgamentos e as regras de sua conduta”. (5)

Podemos acrescentar: — si, para JOUFFROY, o senso comum é uma filosofia anterior à filosofia propriamente dita, êle tambem é um direito anterior ao direito.

(1) GARRIGOU-LAGRANGE — *Le sens commun*, pg. 15.

(2) DURKHEIM — *De la division du travail social*, pg. 28.

(3) GAROFALO — *Criminologia*.

(4) DURKHEIM — *Op. cit.*, pg. 47.

(5) JOUFFROY — *Du sens commun et de la philosophie*.

A pressão do senso comum se faz de tal sorte que as correntes doutrinarias do direito, dele não podem fugir. O professor JOÃO ARRUDA, ao iniciar sua lição sobre a Escola Histórica mostra como ela está fundada “na natureza humana, e nas faculdades de que esta é dotada”.

E acrescenta, com sua douta erudição, referindo-se a SAVIGNY: — “nós não podemos impor a um povo uma lingua artificial, não podemos determinar que um povo tenha tais ou tais instituições politicas; e, do mesmo modo, as instituições juridicas não devem ser impostas: — elas são o resultado das formas naturais, da atividade do povo.” (6)

SAVIGNY, dando novos rumos às investigações juridicas, chama de novo a atenção para o estudo do senso comum. Apoiado na experiência histórica, ele explica a origem do direito e diz que é “na comum consciência do povo que vive o direito positivo”. (7)

Essa maneira de ver, que não se desmereceu em nossos dias, antes se transformou à luz sociologia jurídica, não é entretanto uma descoberta da escola histórica; vem da distância dos tempos, desde que o direito foi proclamado e reconhecido como indispensavel ao andamento dos povos cultos. Quando IHERING proclamou que o direito romano se tornou, a semelhança do cristianismo, um elemento de civilização do mundo moderno, (8) estava convencido, pelos seus estudos, de que o povo romano, superiormente pratico, criara um sistema juridico de alcance universal, pelo seu apoio na realidade. Para o romano, desde o “jus singulare” até ao “ratio juris”, — a função do direito seria, sempre, “uma função de realisar”. Para isso, o direito surge da propria indole humana e traduz o senso comum, mesmo quando formulado pelos doutores. E daí a importância do

(6) JOÃO ARRUDA — *Filosofia do Direito*, 1.º v. pg. 111.

(7) SAVIGNY — *Traité de Droit Romain*, 1.º v. pg. 14.

(8) IHERING — *L'Esprit du droit romain*, 1.º v. pg. 31

costume na elaboração do direito romano — “*usus longo tempore unus est legum enectur*”. (9)

Convem assinalar, neste passo, que o direito natural romano, ao emoldurar-se com o pensamento estoico, satisfaz às necessidades praticas do genio romano. CICERO, como advogado e como politico, traduziu, na sua eloquência, a maneira estoica de ver o direito, isto é, de vê-lo conforme à réta razão e à natureza. Mesmo o “*jus gentium*” era, para GAIO, — “o que a razão natural estabeleceu entre os homens”. 10)

Para conter o artificio das formulas, emendar as disposições deshumanas e impedir o que hoje se denomina “um direito injusto”, o romano apoiava-se na razão natural, nessa “*communis opinio*”, nesse senso comum da economia social romana.

CICERO escreveu, a proposito, “que a natureza deu a todos os homens a razão e, por conseguinte, o direito, que é a réta razão que manda e proibe.” (11)

Colocado no quadro da filosofia etico-religiosa da vida romana, o direito natural vale por si mesmo e não demanda outras origens, outras explicações e esclarecimentos. Está na consciência de todos, e por isso, é anterior a organização do Estado. No pensamento de ULPIANO, o direito é comum aos proprios animais.

E quem percorre as varias doutrinas referentes ao direito natural até nossos dias, nelas encontra, na variedade conceitual desse direito, o senso comum, como um fato da natureza ou como uma decorrência da razão natural. Assim como, ainda no meio do seculo XIII, GRACIANO estabelece, em seu “*Decretum*” o principio de que a humanidade se rege pelo direito natural e do costume, — HOBBS, em posição diversa, concluiu não só pela existencia de um direito natural,

(9) Titio Livio, X, 8 v. 32.

(10) *Instit.* I, i, Dig. I, 1, 9.

(11) CICERO — *De Legibus*, I, 10, 12.

direito comum, a todos os homens, como do “*apetitus societatis*”. O poder que pode recair sobre um homem, ou sobre uma assembléa, decorre de uma compreensão comum”. (12)

Do seculo XVII, em diante, depois de DESCARTES, PASCAL e SPINOSA, com o reaparecimento de grandes juristas, como GROTIUS e BODIN, a medida que se possibilitam maiores horizontes para o direito individual, mais se evidencia o senso comum, como senso social do individuo.

O homem é igual ao homem, quer na consciencia, quer na discórdia, e, por ser assim, o direito que é uma arma de luta pela vida, decorre da mutua compreensão humana, como foi bem assinalada numa passagem ciceroneana: — “*natura enim juris explicando est nobis, aequae ab homines repetendo natura*” (13). Na sensibilidade social está o reflexo da sensibilidade humana. Somos, no dizer de SÃO PAULO, partes ou membros uns de outros.

DEL VECCHIO, neste mesmo campo de estudo, diz: — “Os homens são partes e membros uns de outros, estão solidamente unidos, enquanto iguais e enquanto desiguais.” (13)

Nas divergencias que decorrem da propria natureza humana, que produzem lutas e conflitos, o senso comum é reserva constante da sociabilidade e da individualidade, apelando para o contrato enquanto são iguais e, enquanto desiguais, apelando para a lei.

A densidade da vida moderna, complexa pelo individualismo e pelo liberalismo, encontrou, em seu amanhecer, em ROUSSEAU, um genial interprete. O seu contratualismo e a sua concepção de vontade geral, decorrem dessa identificação do humano em cada homem. Por isso, a vontade geral dá a impressão contraditoria, sendo e não sendo a vontade de todos. (14)

(12) HOBBS — *Leviathan*, pg. 118.

(13) JORGE DEL VECCHIO — *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*, pg. IX v.

(14) BIGNE DE VILLENEUVE — *Traité général de l'E'tat*, 1.^o v. pg. 331.

E' que ROUSSEAU, sentindo a realidade de atuadora do senso comum, distingue “a vontade geral”, da “vontade comum”, — il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté général”. (15)

ROUSSEAU defende a tese de que “la volante général”, o individuo a possui. Nesse instante está ele ao serviço do “l'intérêt commun” (16) e está assim estabelecendo a regra do “justo e do injusto” (17), tanto mais que “le premier et les plus grand intérêt public est toujours la justice. Tous veulent que les conditions soient égales pour tous et la justice n'est que cette égalité (17).

Sem o senso comum, sem essa possibilidade de compreensão, a obra de ROUSSEAU não poderia ser construída. Sem o senso comum, como se concretizar, objetivamente, o aspecto normativo do direito?

E' o senso comum que facilita a transformação concen-tual do poder publico — de poder pela vontade divina, num poder commissario pela vontade geral.

KANT, que foi o teórico do Estado juridico, ledor e admirador de ROUSSEAU, tinha a inteligência como o legislador de natureza. A emancipação da pessoa humana, na filosofia kanteana, se processa nessa natureza e se firma na base do senso comum. (18) O geral está no particular, e o particular no geral. O imperativo categorico realiza-se “sub specie aeterni”. O direito, como principio universal, gira em torno do senso comum, para defende-lo e garanti-lo, dentro de um preceito obrigatorio. A facultade de obrigar deriva do principio da natureza, da mutua obrigação entre os homens, dessa aluvião que se forma através do tempo.

A espantosa transformação dos nossos tempos, com o crescimento das populações urbanas, movediças e transi-tórias, — desarticulando assim o processo normal do senso

(15) ROUSSEAU — *Contrait social*, L. II, C. II.

(16) ROUSSEAU — *Contrait social*, L. I, C. VII.

(17) *Lèttres de la Montagne*.

(18) DURKHEIM — *Op. cit.*

comum, vem facilitando aos observadores dos fatos sociais, o estudo mais acurado do problema. Já DURKHEIM afirmava que podemos encontrar no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.

E' estudando o problema inter-psicológico, na sua obra "L'affirmation du Droit collectif", que EMMANUEL LEVY assinala os aspectos e os fundamentos das crenças coletivas, o papel preponderante do direito espontaneo, decorrente do que êle chama "notre nature, notre absolu." Êsse é o terreno, o vasto sub-solo do direito organizado, onde germina, como plantas nativas, o senso comum. E é, ao apreciar essa paisagem, que EHRLICH, principalmente em sua "Contribution à la théorie des sources du droit" diz que o direito não passa de uma tecnica destinada a realizações praticas. Quem lê seu admiravel a "Grundlegung der Soziologie des Rechts," chega a conclusão de que o direito é, em grande parte, o senso comum tecnificado.

Com a renascença kanteana, com a filosofia dos valores, com WINDELBAND, RICKER, LASK, COHEN, NARTOP e principalmente, com KELSEN, STAMMLER e RADBRUCK, o problema se apresenta com novos dados e, conseqüentemente, com novos aspétos.

KELSEN, preocupado com a logica do "deve ser", reconhece e proclama que toda ordem juridica positiva pressupõe a obediência a um legislador originario e a norma como um esquema de interpretações.

O valor cultural do direito, sua validade como ciência do espirito, está em contraposição à ciência da natureza. (19)

STAMMLER mostra, em sua filosofia do direito, como o fenomeno juridico decorre de uma comum aspiração humana, historicamente condicionada. (20)

(19) KELSEN — *La teoria pura del derecho*.

(20) STAMMLER — *Tratado de Filosofia del derecho*, pg. 10.

Essa aspiração deriva de vocação para a sociabilidade, porque o direito é, para êle, “um modo especial de ordenar a convivência humana”.

Transferindo a formula do sentimento natural do direito, para o do conhecimento do direito, STAMMLER encontra, em vez de um sentimento comum, uma razão comum. (21)

Na procura da idéia do direito, RADBRUCH ampara-se nessa realidade constante, através das mutações historicas, que é o senso comum. O direito é, para êle, como fenomeno cultural, “o conjunto dos dados da experiência que tem o sentido de realizar a idéia de Justiça”.

Na sua critica ao direito natural, reconhece a permanencia da ideia do direito justo, “o qual se pode chamar direito natural.”

Neste fascinante mestre da filosofia do direito, como nos anteriores adeptos da restauração do racionalismo kanteano e da construção de uma peculiar e inconfundivel logica juridica, mais ainda se sobreleva a constancia do senso comum, na soma dos dados juridicos.

No fluxo de idéias e doutrinas, o direito se sustenta e se identifica como uma lingua geral dos povos; é, como diz o prof. EUGENIO SPERANTIA, “um meio técnico do espirito.” (23) Seja êle individualismo racionalista ou garantia social da personalidade humana (24), a verdade é que se socorre sempre do senso comum, quer na elaboração das leis, quer na aplicação das leis, quer na interpretação das leis. Aparecem-nos usos e costumes na voz dos doutores, na postulação das sentenças, nas dificuldades das lacunas e da obscuridade, no esclarecimento e definição dos principios gerais do direito e de equidade.

(21) STAMMLER — *Tratado de Filosofia del derecho* pg. 369.

(22) RADBRUCH — *Filosofia do direito*, pg. 26.

(23) E. SPERANTIA — *Rev. Int. di Filosofia del Diritto*, pg. 19, fasc. I, 1936.

(24) C. G. HAINES — *The revival of naturae law concepts*.

II

O formalismo jurídico e o senso comum

Foi, principalmente, a partir da escola histórica, interessada no problema da espontaneidade do direito, que se acentuou a campanha contra os perigos do formalismo jurídico e dos possíveis males da codificação. “O direito costumeiro, assevera JHERING, tem sido, realmente, “l'enfant gaté” da chamada escola histórica”. (25)

A codificação, os processos do direito escrito, o formalismo judiciário, prejudicavam a formação natural do direito. JHERING cita, a propósito, o discurso de STAHL, em 11 de março de 1850, que afirma a capacidade destruidora da codificação, atingindo, em todos os casos, a espontaneidade de ciência jurídica.

O protesto, iniciado assim em pleno romantismo, encontrou a resistência da fé racionalista dominante, que deu ao direito construído um valor predominante. À medida que se multiplicavam os problemas e se excedia a complexidade social, — a ciência jurídica ia se deturpando “ par les ravages de l'apriorisme et du pur formalisme”. (26) O direito, amortecido nesse quadro, nessa esquemática preocupação do “homo juridicus”, foi se tornando uma imposição destinada a suprir, como se fosse um aparelho ortopédico, a ausência, cada vez mais notada, do senso comum.

Desde Napoleão que, de fato, o artifício vem substituindo o senso comum. (27) A lei seria, por si mesma, a segurança sobre os desastrosos e violências. “Toute la loi... mais rien que la loi...”, divisa proclamada pelos intérpretes do Código de Napoleão. Como o direito é uma construção

(26) JHERING — Op. cit. pg. 28, 2.º vol.

(27) LA BIGNE DE VILLENEUVE — *La crise du Sens Commun des Sciences sociales*, pg. 201.

e nada mais do que uma construção, como diz DEL VECCHIO, — “il diritto di natura diventa diritto di ragione.” (28)

O fetichismo da lei cresce com o correr dos tempos. Caiu-se no formalismo puro, escreve VILLENEUVE. E acrescenta: — “Saleilles já o verificava em sua “Introduction à l'étude du Code civil allemand.” O perigo dos codigos — escrevera ele — está na substituição da ciência pela exegese, no entrave do progresso pelo abuso do formalismo e da casuística e de estabelecer uma separação artificial e funesta, muitas vezes contraditória, entre o direito e os costumes, entre a lei e a equidade, entre os textos que exprimem o direito e as necessidades novas creadas.” (29)

MAXIME LEROY (30), estuda essa obsessão pelo formalismo legal, desde a Revolução Francesa (“Nul n'est humme de bien, s'il n'est franchement est religieusement observateur des lois”. 5 const. — 1791-21-8), passando pelos legistas do Bonapartismo (“La observation du Code civil, diz GRENIER, devencera la morale universelle) até nossos dias.

Ha, com o crescer das dificuldades sociais, um verdadeiro furor de legislar. A vida transforma-se a olhos vistos, os interesses se multiplicam, as necessidades se acumulam, acentuam-se as diferenças sociais e se aviva a consciencia dessa diferença. E os parlamentos são as maquinas de fabricar leis por atacado, a fim de conter essa superprodução de dificuldades. Até que, em 1936, quando a crise alcançava o seu zenith, GEORGES RIPERT escreve: “Nosso século vê, todos os dias, o milagre da multiplicação das leis. Assemelha-se ao milagre do evangelho” (31).

A multiplicação das leis, dos decretos-leis, dos regulamentos e avisos, foi distanciando a legislação da realidade.

(28) DEL VECCHIO — *Lezioni di Filosofia del diritto*, pg. 90.

(29) M. DE LA BIGNE DE VILLENEUVE — *Op. cit.* pg. 86.

(30) M. LEROY — *La loi*, pgs. 25 e sgs.

(31) S. RIPERT — *Le régime démocratique et le droit-civil moderne*, pg. 27.

A ignorancia da lei, com isso, se torna proverbial. VILLENEUVE não trepidou em afirmar que o principio — “ninguém pode alegar a ignorância da lei — se tornou inapplicavel e ridiculo” (32).

Nessa confusão percebe-se a ausencia do senso comum, mesmo porque não ha maior prova da ausencia do senso comum do que essa multiplicação das leis. O direito fugia delas, como elas fugiram da realidade. A reacção começou, porém, com os estudos sociais, com as acusações de SAINT SIMON e com as ponderações de COMTE. Foi acolhida por alguns juristas corajosos, como LAMBERT e MORIN, SALEILLES e principalmente GÉNY. É o consagrado mestre de Nancy que procura, em obra definitiva, demonstrar como o fetichismo da lei, significa a propria esterilidade da lei. É ele que marcha corajosamente para os caminhos esquecidos do senso comum, quando fala na “livre indagação científica” e distingue o construido do não construido. GÉNY mostra como a lei é o meio tecnico mais perfeito e mais comodo para a verificação dos dados primarios do direito (33). Porque, para ele, o direito natural ressurge, através de dados reais, historicos, racionais e ideais. Não é um privilegio do jurista, mas da vida humana. “La loi, diz ele, n'est qu'une opinion émise sur les données premières du droit”.

Como o direito visa no quotidiano, a justiça, de certo modo, representa um equilibrio no jogo dos interesses, (IHERING). E precisa ser, além de uma vocação comum a todo homem, — “un instrumento di prima necessità” (34). É até no seu aspecto de luta, uma forma de compreensão humana a serviço do homem e da comunidade.

A lei, no entanto, distanciada dos acontecimentos, dificulta o direito. Este não se expressa, numa luta. A luta

(32) VILLENEUVE — Op. cit. pg. 86.

(33) GENY — *Méthode d'interprétation et sources du droit positif*.

(34) F. CARNELUTTI — *Discorsi in torno al diritto*, pg. 3.

se perde no ar, na divulgação dos textos, no pedantismo das formulas, no obscurantismo das regras, na contradição volumosa das organizações judiciais. Enquanto o jurista insiste em ficar no mundo da lua, lembra DABIN a diferença que existe no contrato de compra e venda para um jurista e para um homem de negocios (35). O jurista que olha o direito, não deve perder de vista, de modo algum, o homem de negocio. (Scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestatem). E é por perde-lo de vista que CARNELUTTI escreve, com um certo sarcasmo, que os automoveis que saem das fabricas são muito mais modernos e perfeitos, do que as leis construidas nas oficinas legislativas” (36).

Não deixamos, por isso tudo, de vêr com certo conforto e simpatia, o que escreve CARLOS CASSIO, pensador novo na filosofia juridica argentina, a proposito do que ele chama — “teoria ecológica del derecho”: “o objeto do conhecimento pelos juristas, não são as normas, senão a conduta humana, enfocada de um certo angulo particular” (37).

O Codigo Civil dispõe, no art. 3.º, que a lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato juridico perfeito ou a coisa julgada. E no seu § 20 diz que “reputa-se ato juridico perfeito o já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou”.

Mas, dentro desse labirinto legal de nossos dias, onde, repetindo uma banalidade, vemos numa lei modificada varias vezes, o direito deixa de ser, não raro, uma garantia, se não o socorre o conjunto de elementos que o formam e que se esclarece na decisão judicial, naquela “politique juridique des tribunaux” a que se refere LAMBERT.

A luta contra o fetichismo da lei ou contra a lei como unica solução do direito, só se pode fazer pelo reconheci-

(35) J. DABIN — *La technique de l'élaboration du droit positif*, pg. 117.

(36) CARNELUTTI — *Op. cit.*, pg. 177.

mento do direito vivo e espontaneo, pelo reconhecimento da intuição da verdade juridica que reside nuclearmente no senso comum.

III

O aspecto sociológico do senso comum

Dizendo que o direito é um interesse protegido pela lei, JHERING colocava o problema juridico no plano social. Para ser a condição da existencia moral da pessoa, ele precisava respirar no mundo das competições, que é o mundo dos valores sociais. É que o homem, para JHERING, defendendo o seu direito pessoal, luta pela totalidade juridica ou pelo direito em si (32).

Assim, a luta pelo direito decorre da luta pelo senso comum, que é, no dizer de BONIN, — “a filosofia do instinto”.

A sociedade, no seu trabalho oculto ou ostensivo, cria um sistema de vida que a define e do qual deriva “o querer com os outros e o querer para os outros”. Assim a ação individual leva sempre, consigo, um certo conteúdo social (33). É nesse momento que se pode dizer, com DEL VECCHIO que “o direito de um povo — jus in civitate positum — é a expressão particular da exigencia universal da natureza humana” (34).

A inter-ação social, o influxo reciproco dos membros de uma sociedade não se processa num cáos, mas, ao contrario, apresenta-se, como na imagem de SIMMEL, como “um cosmo inteligivel” (34). A sociedade sente o individuo, o individuo sente a sociedade, o desconexo dos fatos disciplina-se pelas idéias, e estas, desse modo, se apresentam como “valores” e não como “existencia. Daí o valor existencial

(38) JHERING — *A luta pelo direito*.

(39) G. DEL VECCHIO — *Riforma del Codice civile*.

(40) SIMMEL — *Grundfragen der Soziologie*.

do senso comum, trabalhando, como um pacificador no choque natural das forças em antagonismo, na formula de VON WIESE, como “o conjunto de experiencias adquiridas, (41).

A sociabilidade, pelo senso comum, segrega os deveres jurídicos. Em sua “Sociologie juridique”, GEORGE GURVITCH — distinguindo a sociabilidade espontanea da sociabilidade organizada, à semelhança da distinção de TONNIE, entre sociedade e comunidade (42) mostra que, toda a forma de sociabilidade ativa, é produto de um fato normativo, que se objetiva no direito espontaneo ou no direito organizado. E todas as diferenciações juridicas, sejam elas quais forem, dos quadros individuais, federalizados ou confederalizados, emanam sempre da mesma concepção ou realidade — que se define como o direito. Nelas, seja em torno de um contrato de compra e venda ou num contrato coletivo do trabalho, estão os mesmos elementos que compõem o direito como tal. Nelas deve atuar a influencia organica do senso comum (3).

No que se descobre atualmente, pelos atuais estudiosos da tipologia juridica, — seja ele um MAX WEBER ou seja ele um KARL MANNHEIM, — é essa luta do direito para livrar-se da parasitagem do artificialismo juridico que procura destrui-lo, como uma das expressões da desordem dos nossos dias. E, nessa luta pela purificação do direito, em que se vê a solução da crise social contemporanea, haverá, por certo, o necessario apelo ao senso comum, sinal visivel de todas as sociedades espontaneas e saudaveis. Porque para as sociedades exaustas, entregues de corpo e alma aos jogos de espirito, fazem sucesso as grandes negações e os grandes negadores, como RENAN, que escreveu, um dia, que “tudo é fecundo, excepto o bom senso”.

(41) VON WIESE — *Wirtschaft und Recht der Gegennant.*

(42) G. GURVITCH — pg. 146.

(43) M. WEBER — *Economia y sociedad.*

O Direito Internacional na última conflagração

José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos

Terminou a Segunda Conflagração Mundial. Nunca se verificara conflito de proporções tão gigantescas, não só em relação ás forças em choque, como também em face do âmbito atingido pela guerra.

Até aqui, a “linha de frente” era relativamente tênue. A área de operações estendia-se apenas até o alcance máximo das peças.

O Estado beligerante entrava somente em contacto direto com os combatentes, ou com as populações das áreas invadidas. Os civis, moradores em zonas ainda não ocupadas, escapavam ao influxo direto da guerra. E seriam atingidos, quando muito, por meio de “raids” esporádicos...

Agora, tudo mudou. O território nacional inteiro é, permanentemente, uma potencial área de combate. A “linha de frente” estende-se em profundidade, e “passa pelas usinas de material bélico”, ou “pelos centros onde se ativa a produção”.

Fala-se em “nova concepção de neutralidade”, em não beligerancia, em pré-beligerancia. Estuda-se, pela primeira vez, a repressão sistématica dos “crimes de guerra”. E, como tais se consideram, não apenas os delitos praticados “in bello”, mas também a preparação, o incentivo á guerra de agressão.

É, pois, chegado o momento de pesquisar o que realmente se passou nestes seis longos anos de luta. E verificar se as normas anteriormente admitidas no *direito inter-*

nacional geral puderam realmente resistir á contra-prova dos fatos.

I.º

Os meios para solução amigavel dos conflitos internacionais

Todos os meios, penosamente elaborados, em successivas conferencias e Tratados, quer para impedir a guerra, quer para limitar-lhe a extensão, não lograram alcançar o objetivo colimado.

As sanções econômicas não surtiram efeito, no caso da Etiópia. A mediação anglo-francesa redundou no Acôrdo de Munich. E apenas retardou a deflagração do litígio. A “política de não reconhecimento” não pôde conter o avanço japonês pelo Extremo-Oriente.

Os Paizes do Eixo e seus Estados vassallos regeitaram quasi sempre ofertas de arbitragens. E não invocaram, sequer, o art. 19 do Pacto da S. D. N., o qual admitia a revisão política dos Tratados, que não mais se adaptassem á realidade internacional.

O Tribunal de Haya e o C. P. J. I. não foram chamados a solucionar pendencias entre o Terceiro Reich e a Tcheco-Slovaquia ou a Yugo-Slavia, embora as Altas Partes em conflito fossem signatárias de pactos diversos, em que se reconhecia a competencia jurisdiccional destas duas Côrtes.

Tais fatos revelam, pois, que os assim chamados “meios de solução pacifica dos conflitos” só operam realmente:

a) ou quando os Estados em choque, de fato, desejam evitar a guerra;

b) ou quando esse “desejo” lhes é imposto por uma força exterior.

II.º

Início da guerra

Duas concepções encontravam-se em debate.

Desejavam alguns que as guerras *fossem declaradas de maneira solene*. E que medeiasse um lapso de tempo consideravel entre a declaração e o inicio efetivo das operações.

Pensavam outros (militares, sobretudo) na conveniencia de um ataque massiço — *sem prévia declaração de guerra*, destruindo, de surpresa, os centros vitais do inimigo, e tornando a zona adjacente á fronteira uma “no man’s land”, aberta ao avanço do adversário, (Carta do general italiano DOUHET ao escritor JEAN ROMÉYER, inserta em seu “Étude sur l’aviation italienne”, pag. 12).

O primeiro metodo, afirmava ALBERIC ROLLIN, teria a vantagem de permitir aos beligerantes reconsiderar sua atitude, antes que a honra nacional estivesse irremediavelmente comprometida com o principio das atividades bélicas.

O segundo (rotulado por DOUHET, como atingindo um fim defensivo por meio de uma ação ofensiva) visava obter a destruição dos elementos essenciais á defeza do inimigo, antes que ele suspeitasse, sequer, de que se encontrava em guerra.

A Terceira Convenção, assinada na 2.^a Conferencia da Paz, exigia

“advertencia prévia e não equívoca que *terá*,
“seja a forma de uma declaração de guerra moti-
“vada, seja a de um ultimatum, com declaração
“de guerra condicional” (art. 1.º)

O *Projecto de Gand* completava-o estipulando que

“as hostilidades só poderão começar, depois de
“um prazo suficiente para que a regra do aviso

“prévio e inequívoco não possa ser elidida”
(art. 3.º).

EPITACIO PESSÔA fixava-o em 24 horas (Projeto de Código de Direito Internacional, art. 387).

Ora, as obrigações assumidas em Haya foram religiosamente respeitadas pela Inglaterra e França, em relação á Alemanha. A Segunda Conflagração Européia estendeu-se ao Ocidente, após a entrega em Berlim de dois *ultimatuns* paralelos, dando o prazo de vinte e quatro horas para que cessasse a invasão alemã na Polonia. Se tal não acontecesse, França e Inglaterra declarar-lhe-iam a guerra.

E, realmente, só após a expiração do prazo concedido, foi votada, em Londres e Paris, a existencia do estado de guerra. E somente então se iniciaram as operações correspondentes.

Os Estados Unidos foram ainda mais longe, no respeito a este princípio. Mal grado existisse *de fato*, a beligerancia com o Japão, desde o ataque a Pearl Harbour, — o Congresso Americano proclamou a existencia da guerra, no dia immediato.

Proclamou, e não apenas reconheceu-lhe a existencia, o que seria mais curial.

A Itália, fiel ás tradições dos últimos cem anos, declarou solenemente a guerra aos aliados. Não estabeleceu, porém, qualquer prazo para que a notificação chegasse aos respectivos governos. E iniciou, de maneira immediata, as atividades militares.

O Reich e o Japão, pelo contrário, preferiram a guerra não declarada, que muito facilitava a *blitzkrieg*.

III.º

Efeitos jurídicos da guerra

Ainda aqui, os juristas se dividiam. Pelo menos, em teoria.

A *doutrina francesa* desejava restringir as consequências jurídicas da beligerancia ás *tropas em choque*. Distinguia entre o *nocens* e o *inocens*. E só áquele estendia o *jus nocendi*, característico da guerra.

O Estado beligerante teria obrigação de assegurar aos inimigos, nele domiciliados, o uso e gôzo dos direitos privados. Pois, nesta concepção, quando o Estado recebe um estrangeiro em seu território, *firma um contrato tácito*, comprometendo-se a proteger-lhe os interesses.

A *concepção inglesa* (insular, ou anglo-germanica) era mui diversta. Consideravam-se inimigos todas as pessoas nascidas em país inimigo, ou nele residentes quando o domicílio fosse adquirido formalmente, mediante requerimento individual.

Tais pessoas perderiam até o direito de estar em juízo. LORIMER chama-as de *ex-lex*. Admite que os contratos, com ele firmados, são nulos e ilegais. A aquisição de seus bens podia constituir, para o nacional, um crime de *misdemeanour* (infração ás leis de carater público, segundo BLACKSTONE).

Era lícito expulsá-los do País, ou sugelitá-los a domicílio forçado, enquanto durasse a conflagração.

A propriedade tornava-se hostil, em função do domicílio de seu proprietário. Era lícito destruí-la ou confiscá-la. As compnhias tinham sua situação regulada pela *lei do domicilio* (séde), ainda quando os componentes tivessem domicílios em Estados neutros.

Na prática, porém, a Inglaterra vinha, no último século, mitigando consideravelmente o rigôr dos princípios aludidos.

As associações religiosas, culturais e beneficentes poderiam ser declaradas “não inimigas” pelo Rei. Certo comércio de mercadorias, que não contribuissem para o esforço de guerra, poderia ser autorizado, por meio de “Orders in Council”.

Admitia-se, mais, a validade jurídica dos contratos, firmados por prisioneiros britânicos com súditos inimigos, quando tais transações redundassem em vantagem efetiva, ou minorassem-lhes os sofrimentos.

A concepção francesa, por outro lado, sofria consideráveis restrições. Já em 1914, medidas várias cercearam a capacidade contratual dos súditos adversários. E, mais tarde, criaram-se até campos de concentração.

* * *

Nesta conflagração, o temôr á “quinta-coluna”, a importância do fator econômico na direção da guerra, o receio da espionagem, fizeram adotar, quasi integralmente, o velho ponto de vista anglo-germânico.

Os navios mercantes inimigos foram embargados, ao primeiro sinal de hostilidades, mesmo quando surtos nos portos nacionais. Bloquearam-se os bens dos súditos adversos. Removeram-nos dos pontos chegados ao litoral, ou da proximidade das industrias-chave. Concentraram-se os suspeitos em campos de concentração.

Não se lhes negou, porém, por inteiro, o *jus standi in judicio*. Assim, de acôrdo com a lei inglesa, os alemães e seus aliados puderam litigar, perante as “Côrtes de Prezas”. E, embora desprovidos, *em tese*, de capacidade processual, era-lhes a mesma reconhecida, *pro hac vice*, quando se tratava de impugnar a legalidade da captura, ou o carater hostil da mercadoria aprezada (Vide JOSEF KUNZ — British Prize Cases”, 1940, 1941, in “The American Journal of International Law, vol. 36/204).

Assegurou-se-lhes até o direito de defeza, pela nomeação de defensores *ex-officio*, caso não conseguissem advogados voluntários.

Quanto á propriedade inimiga, as lei foram geralmente muito enérgicas. Uma “Order in Council”, irradiada

a 4 de Setembro de 1939, ordenava aos ingleses, residentes no Reich, que destruíssem seus haveres — caso os mesmos pudessem contribuir para a vitória germânica.

E, em Outubro do mesmo ano, as autoridades militares do Terceiro Reich sentenciavam á morte um cidadão britânico, que incendiara suas quatro fazendas de trigo, em obediência ás ordens recebidas.

O comércio foi totalmente proibido, em relação aos territórios inimigos. E mais tarde, ás áreas ocupadas por este.

Assim, em Julho de 1940, uma “Order in Council” proibia, aos cidadãos do Reino Unido, mercadejarem com a província de Finmark, e o porto de Narvik, recentemente evacuados pelas forças aliadas.

* * *

Até a própria França sentiu o influxo de tal corrente. O “Journal Officiel” de 4/9/1939 (dia seguinte á declaração de guerra) estampa dois decretos-lei. Um “relativo ás interdições e restrições de negócios com inimigos, e as pessoas que se encontrem em território inimigo, ou ocupado por este”.

Outro, “concernant la declaration et mise sous sequestre des biens appartenant à des ennemis”.

* * *

A nossa legislação interna sofreu, também, a influencia desta orientação geral.

Dahi surgirem decretos-leis nitidamente influenciados pela concepção anglo-germânica da guerra.

O decr. n.º 4.638

“faculta a rescisão de contrato de trabalho com
“os súditos das nações com as quais o Brasil rom-
“peu relações diplomáticas, ou se encontra em
“estado de guerra”.

O decr. n. 4.717 exige

“às firmas individuais e sociedades comerciais...
“constituídas por súditos alemães, italianos ou
“japoneses”,

que façam as declarações a que alude o art. 1.º

O decreto-lei n.º 4.636 cassa a autorização de funcionamento às companhias de seguro alemãs e italianas.

Outros decretos-leis e portarias instituem a exigência dos salvo-condutos. Tornam obrigatório que os súditos estrangeiros, considerado inimigos, solicitem prévia autorização policial para mudança de domicílio, etc.

Antes mesmo do início real das hostilidades, já o Decreto-lei n. 4.166, de 11/3/42 bloqueava os bens dos súditos alemães, italianos e japoneses. Consequência da rutura de relações diplomáticas com tais Estados.

Os tratados internacionais

A Europa caracterizava-se, de 1919 a 1935, pela plethora de tratados, estabelecendo alianças, “ententes” e blocos regionais. Tais e tantos se tornaram (assinala GUIDO GOMELLA, em seu recente trabalho “Principios básicos para uma ordem internacional), que a própria multiplicidade os tornava inoperantes.

Obrigações que se contradiziam. Compromissos que se anulavam, destruindo-se.

Estados havia, vinculados por *Pactos de não-agressão e perpetua amizade* com seus vizinhos. Mas que seriam chamados a lutar contra estes, se terceiras Potências fossem agredidas.

Assim, a Turquia firmava com a Itália, um “tratado de neutralidade, conciliação e solução judiciária” (30/5/1928). Deveria, porém, *ex-vi* do Pacto da Entente Balkânica, cor-

rer em auxílio da Yugo-Slavia ou da Grécia, caso tais Países fossem invadidos pelas forças italianas.

A mesma Entente Balkânica obrigava os exercitos turcos a socorrer a Yugo-Slavia em caso de guerra com a Hungria. A tanto obstava-lhe, porém, o “tratado de neutralidade, conciliação e arbitragem húngaro-turco”, firmado aos 5 de Janeiro de 1929.

Alguns Tratados declaravam-se meramente defensivos, mas não conceituavam os casos de *agressão-indirecta*. Daí a inoperancia quasi geral de tais Acordos.

O vasto plano francês da segurança, por meio de Acôrdos Regionais, esboroou-se.

O Pacto de Locarno estabelecia uma rêde de “Puissances garantes”, contra o violador do *statu-quo* europeu.

“Pour les frontières occidentales l’Allemagne, l’Angleterre, la Belgique, la France, l’Italie, et, si la France est attaquée, la Pologne et la Tchéco-Slovaquie; pour les frontières orientales, la France” (MARIOTTE, ap. Lobo d’Avila “Lima — “Da Sociedade das Nações”, pag. 155, “nota)

Além disto, a Bélgica e a França conservavam-se unidas, em face de um ataque alemão. A “Petite Entente” grupava a Tcheco-Slováquia, a Yugo-Slavia e a Rumânia contra as pretensões revisionistas da Hungria e da Alemanha. E a “Entente Balkânica”, formada pela Grécia, Turquia, Yugo-Slavia e Rumânia visava conter a Bulgária, sempre a sonhar com o dominio da Macedônia.

Ora, a Itália, — Potência signatária do *statu-quo* locarniano, exigiu Nice e a Saboia, e ao fim invadiu as fronteiras da França. As mesmas fronteiras que se comprometera a assegurar.

A Petite Entente não funcionou, no caso dos Sudetos. Nem a Entente Balkânica, por ocasião da guerra italo-grega. Ou da invasão búlgara, em territorio helênico.

Daí a inoperancia quasi geral de tais Acôrdos.

Os tratados bi-laterais funcionaram, de maneira geral, com maior eficiência. Destacamos, entre eles, a aliança anglo-franco-polaca, o Tratado anglo-grego, cujo cumprimento forçou a Inglaterra a desguarnecer a Cirenaica, e possibilitou a contra-ofensiva de Von Rommel, em 1941.

* * *

Os Pactos de não-agressão, formados pela Alemanha com a Polônia, a Tcheco-Slováquia e a Rússia, somente foram observados enquanto conveiu a Berlim. Da mesma forma, o Tratado fino-soviético de 21/11/1932 foi violado pela Rússia, no inverno de 1940.

Enquanto isso, o acôrdo de não-agressão russo-japonês vigorou até o decurso total do prazo, para o qual fôra assinado (1).

A cláusula “rebus sic stantibus”

Verificou-se, porém, um caso interessante. Trata-se da tentativa soviética para justificar a incorporação, a seu território, da Polônia Oriental.

Os governos de Moscou e Varsóvia estavam ligados por dois acôrdos internacionais: — o tratado de Riga (1921) estabelecia as fronteiras entre os dois Estados. E o Pacto de não-agressão, assinado em 1934, constituia um compromisso formal de respeitá-las.

Entretanto, a 17 de Setembro de 1939, as forças soviéticas franqueavam a linha divisória, desde Vilna á fronteira rumena. Aprisionavam em Tarnopol a brigada tcheque, que se aprestava a lutar contra os nazistas. Estabeleciam a jurisdição soviética, nos distritos ocupados.

(1) Os promotores aliados, no Tribunal de Nuremberg, acusam agora a Alemanha de ter violado 74 tratados de varia espécie, sendo 15 Pactos Gerais e 59 acôrdos bilaterais (sessão de 4-12-45).

O Kremlin publicava uma nota, declarando não mais se considerar jungido pelos passados acôrdos, eis que, em virtude das vitórias alemãs, já não existia o Estado Polonês, com o qual os firmara.

Assim, a ocupação explicava-se, visando “restabelecer a ordem e a paz, que não mais estão garantidas neste momento, devido á desorganização do Estado Polonês e a fuga de seu governo”.

Políticos russos sintetizaram a nota, na seguinte frase: — “O Estado Polonês deixou de existir, e as minorias russas precisam ser protegidas”. (Vide texto inserto na “Folha da Manhã”, 17/9/1939, ed. extraordinária).

E’ bem de ver que esta invocação indireta da cláusula “rebus sic stantibus”, qual condição resolutiva, incluída tacitamente em acôrdo bilaterais, envolve uma interpretação por demais estensiva.

Nem mesmo KOROVINE, — o professor de Direito Internacional Público, na Universidade de Leningrado, dá-lhe tal amplitude.

Cumprе notar que, aos 17 de Setembro, consideráveis forças polacas resistiam, ainda, aos ataques germânicos. Dois exércitos regulares lutavam, ás margens do San. Varsóvia não se rendera. O governo polonês funcionava, em território nacional. E apenas retirar-se-ia no dia imediato para a Rumânia, uma vez que o ataque de Moscou, á retaguarda das tropas, que se empenhavam na luta anti-nazista, tornava impossível qualquer resistencia.

Só então, também, a 18 de Setembro, 300 aviões polacos aterrissaram em Cernauti, buscando refúgio em território da Bukovina.

Ora, se a 17, a soberania polaca ainda se fazia sentir sobre dois quintos do território; se o governo contava com o apóio de forças regulares, embora inferiores ás do invasor; se sua autoridade era ainda respeitada na área não atingida pelos germânicos, — como admitir houvessem caducado os acôrdos de Riga ou Varsóvia?

Ainda mais: — restaurada, em 1943, a soberania da Polónia, readquirida *in totum* a jurisdição aliada sobre os territórios, como justificar-se a exigência russa de que tal soberania não mais se exercesse sobre a Ucrânia Oriental, e zonas situadas a leste da Linha Curzon?

* * *

Na mesma ocasião, a Rumania encontrava-se ligada á Polónia por uma aliança defensiva, cujas cláusulas previam uma resistencia comum, em caso de invasão russa. Desligou-se, tambem, do tratado. Declarou-se neutra, aos 18 de Setembro. Desarmou os elementos, que haviam procurado refúgio em seu território. Internou as forças e os membros do governo de Varsóvia. Permittiu-lhes, porém, mais tarde, abandonar o País. E constituir, no Estrangeiro, o primeiro núcleo do exército polonês livre, que havia de lutar, na Itália, ao lado das divisões britânicas.

Em ambos os casos, porém, não tentou explicar suas atitudes, injustificaveis ambas em face do direito internacional.

Outras questões diplomáticas

A co-beligerancia

O Direito Internacional conhecia, até 1942, apenas dois tipos de associação de Estados, para fins militares: a aliança e a “entente”. Esta mais imprecisa, mais elástica do que aquela.

O conflito atual criou a *co-beligerancia*. Podemos defini-la como “situação de fato, em que duas ou mais Potencias unam seus esforços militares, tendo em vista um fim determinado, sem contudo estabelecer igualdade de direitos entre as mesmas, nem alterar as situações *de jure* pre-estabelecidas”.

A co-beligerancia foi creada pelos Aliados, para definir a situação internacional das forças italianas, em operações nos Abruzzos, após o armistício.

Combatiam ao lado dos exércitos anglo-americanos. Dispunham de comandos próprios. Aplicavam suas próprias leis militares. Mas tal associação, exclusivamente limitada ao esforço de guerra, não cancelava, *ipso-jure*, as condições do Armistício. Nem facultava, ao governo de Badoglio, tratar as Potencias Ocupantes em pé de igualdade. Cfr. — nossa entrevista á “Folha da Noite”, em 1943).

E’ obvio, porém, que a lógica natural dos acontecimentos aproxime, cada vez mais, o co-beligerante da posição de aliado, para a qual tende, como *status-limite*.

A política do não-reconhecimento

O princípio do *não-reconhecimento* surgiu com a nota americana, enviada á China e ao Japão, relativamente ao “incidente mandchú”.

Stimson nega-se a reconhecer ato ou tratado contrário ao Pacto Kellog, — principalmente os que derivam de força, empregada como instrumento de política nacional.

Aprovada pela S. D. N., em 11/3/1932. Reafirmada nas Conferencias Pan-Americanas de Montevideo, Lima e Havana, inserta na “Carta do Atlantico”, essa norma de conduta predominou por parte das Potencias Aliadas e Neutras, durante a atual conflagração.

Não foram reconhecidos, internacionalmente, os governos de Quisling e Mussert. Não o foi a separação da Croácia, nem a anexação da Slovênia ao Império Italiano.

A Paz de Vipuri, imposta pela U. R. S. S. á Finlândia, não obteve o “placet” dos governos estranhos ao Eixo, que também não reconheceram a incorporação dos Estados Bálticos á Rússia Soviética.

Os governos extra-territoriais

Corolário lógico de tal situação, os governos extra-territoriais da Polônia, Noruega, Bélgica, Holanda, Yugo-Slavia, e Grécia, sediados em Londres, continuaram a ser considerados os governos legítimos. E a exercer, no exílio, todos os atos decorrentes da soberania.

Reis e primeiros ministros gozavam de imunidades concedidas aos Chefes de Estado. Exerciam o direito de legação, assinavam tratados, prosseguiram na atividade legislativa, sendo suas Leis e Decretos publicados na Imprensa Oficial Britânica.

Suas forças armadas aplicavam as normas do Direito Penal Militar respectivo, e apenas sofriam as restrições necessárias á coordenação geral do Esfôrço Aliado.

O status de refugiado

O Conflito de 1939/45 apresentou uma peculiaridade que o aproxima juridicamente das “guerras civis internacionais”, oriundas da Reforma, ou decorrentes da Revolução Francesa.

Foram sem numero os refugiados políticos, que buscaram o amparo das Democracias. Fugiram de seu País, antes de deflagrar a contenda, e vieram buscar, do outro lado da fronteira, um “clima” consentâneo ás idéias que professavam.

Daí surgir um verdadeiro “status de refugiados”. “Status” diverso do de simples asilado. E que se não confunde com a apatridia.

PODESTÁ COSTA nega sua possibilidade, em artigo inserto na “Jurisprudencia Argentina” (1936).

Mas os Tribunais Aliados reconheceram, vezes sem conta, tal circunstância como excludente do carater hostile. E com força para preterir o simples critério da nacionalidade.

Assim, aos 16/11/39, o Tribunal Civil do Sena mandou tornar sem efeito o embargo que onerava os bens da Sociedade “Le Zenith” ,(embora pertencente a alemães), visto dois dos sócios estarem em França, na qualidade de refugiados.

Meses mais tarde, no “Caso Spielmann”, o mesmo Tribunal isentava os RR. das restrições comerciais decorrentes da guerra. Cancelava o embargo. Reconhecendo tratar-se de cidadãos austríacos, que, desde a “Anschluss” viviam nos Estados Unidos (Cfr. — MARTIN DOMKE — “Problems of international law in french jurisprudence 1939/41”, in “The American Journal of international law” vol. 36 pags. 24-25).

II.^a PARTE

As leis de guerra

O Prof. Dr. BRAZ ARRUDA, em interessante Curso, publicado na “Revista da Faculdade de Direito”, em 1927, considerava como parte integrantes do direito escrito da guerra:

- 1.^a a 3.^a — Convenções de Genebra, Paris e S. Petesburgo;
- 4.^a — Convenção de Haya, de 1899;
- 5.^a — Declaração sobre balas dum-dum;
- 6.^a — Declaração sobre explosivos lançados de balões;
- 7.^a — Declaração sobre os gases asfixiantes;
- 8.^a — Idem, para aplicar á guerra marítima, os princípios da Convenção de Genebra sobre os feridos;
- 9.^a — Convenção de Haya, sobre a abertura de hostilidades;
- 10.^a — Idem, sobre negociantes estrangeiros, uma vez começada a guerra;
- 11.^a — Idem, sobre a transformação de navios mercantes em belonaves;
- 12.^a — Idem, sobre minas submarinas;

13.^a — Idem, sobre o bombardeio naval;

14.^a — Idem, sobre a captura.

15.^a — Convenção de 1907, sobre direitos e obrigações dos neutros nas guerras marítima e terrestre.

Desta enumeração, deduz-se que o direito positivo, então vigente, tinha como pressuposto a existencia de normas peculiares á guerra terrestre e á luta nos mares. E a guerra aérea começava a debuxar-se. Aplicavam-se-lhe óra os princípios norteadores das operações em terra, óra os da guerra marítima, segundo a natureza das tarefas entregues á aeronáutica.

A Segunda Conflagração alterou os dados do problema.

A íntima conexão entre as esquadras e as forças do ar — já prevista por AXEL BLATT, na “Conferencia Interparlamentária”, — deu origem á *guerra aéreo-naval*, como um todo indissolúvel.

Exemplos típicos: — os bombardeios de Taranto, em 1940; as batalhas de Matapan, Mar do Coral e Midway; a caça ao couraçado “Bismarck”, etc.

E não é só. A Inglaterra criou as “Forças para Operações Combinadas” (Comandos), com uma íntima conexão entre as tropas de terra, mar e ar. Os Estados Unidos seguiram-lhe o exemplo, instituindo os “Rangers”

Óra, tais unidades de desembarque, conduzidas em barcaças, apoiadas pelos canhões navais e pelas esquadrihas de bombardeiros — a que convenções deveriam obedecer?

E os paraqueristas e divisões aero-transportadas — já cognominadas de *infantaria* aérea, regular-se-iam por que convênios internacionais?

Quer-nos parecer, pois, que muitas das convenções óra vigentes deverão ser revistas, afim de melhor se entossarem no futuro .

I.º

A guerra terrestre

Os acórdos, relativos á guerra terrestre, tiveram eficácia muito variada.

A CONVENÇÃO DE GENEBRA (revista em 1929) foi geralmente respeitada, na frente ocidental e operações norte-africanas.

Conta-se até haver o General Von Rommel sido medicado por uma ambulância inglesa, durante a segunda Batalha de Tobruk.

Já no Oriente, tal não se deu. A aviação japonesa é acoimada de haver destruído, por meio de sucessivos bombardeios, as instalações hospitalares de Bataan, mau grado ostentarem, estas, visíveis emblemas da Cruz Vermelha.

Não se conhece caso de se haver empregado balas dum-dum, ou apetrechos que fizessem sofrer desnecessariamente os feridos.

Os americanos acusam, no entanto, as tropas alemãs de envenenarem vitualhas, durante a retirada para além de Colônia.

Os usos e leis de guerra, regulando os *direitos do ocupante*, para com a população inimiga, foram em geral seguidos pelas Potencias Aliadas. O “Governo Militar” (Amgot), instituído por ocasião dos desembarque na Sicília, prestou relevantes auxílios aos habitantes. Distribuiu víveres. Respeitou, quanto possível, os governos municipais. Atribuiu autonomia regional a “podestás”, eleitos, por vezes, pelos elementos do lugar.

E, ainda hoje, as autoridades anglo-americanas, que administram a Alemanha Ocidental, são acusadas pelos russos de não “expurgarem as juntas locais com grande rapidez”. Vale dizer: — de manterem, em seus postos, funcionários civís da antiga situação política.

Os Alemães, pelo contrário, saquearam cidades. Requisitaram obras de arte. Instituíram o regimen de refens, punindo com a morte de dez cidadãos de relevo, na sociedade local, os atentados contra a segurança de cada soldado germanico.

Ainda mais. Organizaram *expedições punitivas*, como as de Lidice e Oradour. Impuzeram contribuições de guerra a diversas aldeias.

Estabeleceram o *trabalho compulsório* para grande numero de operários fabrís. Confrariaram, assim, o Manual de Oxford, e outros textos doutrinários.

O *tratamento de prisioneiros* foi, igualmente, variavel. As Potências Aliadas mantiveram, de maneira geral, os compromissos assumidos. Permitiram que representantes de Estados Neutros visitassem os campos de concentração. Pagaram soldo ás tropas italianas, aprisionadas na Campanha da Abissínia, e nas operações da Cirenáica.

Os germânicos não maltrataram, geralmente, os anglo-americanos capturados, (exceção feita dos paraquedistas). Mas agiram com grande crueldade para com prisioneiros franceses e slavos (Campos de Belsen, Auschwitz, Dachau, etc.).

As acusações feitas aos japoneses, no que respeita aos prisioneiros de guerra, constituem, agora, objeto de processo, instaurado em Manilha.

* * *

Merece especial estudo a aplicação das leis de guerra ás forças irregulares.

Esta guerra assistiu á eclosão de vastos movimentos subterraneos (*underground*), e á constituição de corpos francos (guerrilheiros, *chetniks*, partizans, etc.).

Os Países do “Eixo” não lhes davam quartel. Consideravam-os *franco-atiradores*, ainda quando “em número respeitavel”, e sob commando de officiais da ativa.

Os *maquis* foram também arduamente perseguidos. Durante as operações de Vercors (Alta Saboia), até mesmo os feridos, quando capturados em embrionários hospitais de sangue, foram exterminados.

Em fins de 1942, o General de Gaule tentou dar um *façades* regular aos seus adeptos. Organizou-os em unidades especiais (Forças Francesas do Interior, — F. F. I.). Submeteu-as ao comando supremo do General Koenig. E comprometeu-se a obrigá-las a usar distintivos e emblemas aparentes, caso lhes fosse reconhecida a beligerancia.

O “Reich” deu resposta negativa. E a Itália reconheceu, apenas, como combatentes regulares, aos componentes da “Coluna Leclerc”, — organizada na Africa Equatorial, em quadro e moldes rigorosamente militares.

Os simples *maquis* continuaram, até a libertação da França, a não receber — EM TESE — o amparo das convenções internacionais.

A legitimidade de tal proceder das autoridades germânicas é discutível. (Cfr. Declaração de Bruxelas, art. 9; “Manual de Oxford”, 1880, art. 2.º; “Instruções Americanas para os Exercitos em Campanha”, art. 81).

Os REGULAMENTOS DE HAYA (1899 e 1907) declaram, em seu art. 1.º:

“Les lois, les droits et les devoirs de la guerre
“ne s’appliquent pas seulement à l’armée, MAIS
“ENCORE AUX CORPS DE VOLONTAIRES
“REUNISSANT LES CONDITIONS SUIVANTES:

1 — d’avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés;

2 — d’avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable a distance;

3 — de porter les armes ouvertement; et

4 — de se conformer dans leurs opérations aux “lois et coutumes de guerre.”

Parece que as forças de Koenig, Mihailovitch e Tito preenchem, nos últimos tempos de campanha, tais requisitos essenciais.

O mesmo não se poderia dizer dos guerrilheiros noruegueses, que sempre agiram por meio de atentados esporádicos e sem organização aparente.

A guerra naval

A guerra naval suscitou, nesta Conflagração, as seguintes controvérsias: — limites geográficos da área de combate; colocação de minas magnéticas; direitos e deveres do Estado bloqueador; prerrogativas e obrigações na guerra submarina.

Poucas normas internacionais vinculavam os beligerantes: a Convenção de Londres não fôra ratificada por Potência alguma. E a Inglaterra denunciara, anos atrás, a 6.^a Convenção da 2.^a Conferencia de Paz, não mais constituindo, pois, norma obrigatória.

Cumprir assinalar o rigoroso cumprimento, por parte dos Aliados, dos dispositivos, aplicando a Convenção de Genebra á guerra marítima.

Os navios hospitais militares receberam o tratamento dispensado aos estabelecimentos da Cruz Vermelha. Os naufragos foram recolhidos em grande número. E assegurada a “inviolabilidade do pessoal religioso, médico e hospitalar dos navios capturados”, conforme determinava o Acôrdo de 1907, art. 16.

O “corso” propriamente dito não foi utilizado pelos Aliados, embora os Estados Unidos não houvessem aderido á Convenção de Paris.

Os Paizes Aliados proibiram, logo no início da luta, qualquer comércio com o Reich. A Grã-Bretanha publicou, por seus consulados, listas pormenorizadas, enumerando mercadorias, que seriam consideradas “contrabando abso-

luto” e outras incluídas entre as de “contrabando condicional”.

Mencionou, na primeira categoria, armas, munições, explosivos, combustíveis, veículos, animais necessários ao transporte, meios de comunicação, moedas, ouro em barra, títulos de dívida-ouro, etc.

Integrava a segunda espécie

“toda e qualquer espécie de alimentos, comestíveis, alimentos para animais, forragem, artigos de vestuário, artigos e materiais empregados em sua produção”.

(Vêr a lista completa no “Estado de São Paulo,” de 9/9/39).

Meses após, aos 27 de Novembro de 1939, uma “Order in Council” decretava o BLOQUEIO ECONÓMICO DA ALEMANHA, *como represália* pela colocação de minas magnéticas.

Era o LONG DISTANCE BLOCKADE que renascia, coerente com os antigos ensinamentos do Dr. LUHSINGTON:

“Para que o bloqueio seja efetivo exige-se apenas que a costa seja vigiada por uma força suficiente, para tornar a saída e entrada perigosa”
“(vide OPPENHEIM, International Law).

Tal prática merecera, na outra Grande Guerra, violenta crítica dos Estados Unidos. Dissera, então, a Chancelaria Americana, que esse modo de hostilizar não constituía bloqueio “nem na prática, nem no direito, nem no efeito”.

Entretanto, havendo a Marinha Americana partilhado, mais tarde, das operações bloqueadoras (1917-18) reconhecendo-lhes dest’arte, a existência e ser lúdima captura de eventuais violadores, a oposição cessara. E, nesta guerra, *não se discutiu a legitimidade, EM SI, do bloqueio aliado.*

A Inglaterra reintroduziu o sistema dos “navycerts”, tão bem estudado por RITCHIE. Ampliou-o ao transporte aéreo, como medida complementar de bloqueio, instituindo os “mailcerts”. Editou *listas negras*, no que foi imitada por seus Aliados.

Todos os países neutros admitiram a legitimidade de tais medidas.

Os incidentes no correr do Conflito reduziram-se a pormenores.

Alguns Estados impugnaram a inclusão dos gêneros alimentícios, nas listas de contrabando (*memorandum* argentino, de 5/1/1940). Outros tentaram restringir, geograficamente, as operações de guerra, delas excluindo o “Mar Continental” (Declaração do Panamá, casos do “Graf Spee”, do “Wakama” e do “Hanover”).

O Brasil protestou contra a retenção de correspondência alemã, enviada a Países Neutros, a bordo de navios neutros. (Caso do “Almirante Alexandrino”, Abril de 1940).

A Itália, já então pre-beligerante, exigiu a liberação de navios carvoeiros, surtos em portos britânicos, e cujo carregamento destinava-se a Gênova, de onde seriam encaminhados ao “Reich” (Abril, 1940).

De todos esses incidentes, decorre, no entanto, a *contrario sensu*, admitirem todos que o bloqueio existia, *de facto* e *de jure*. Não se lhe impugnava a existência, nem a juridicidade. Pleiteava-se, apenas, traçar-lhe limites, invocando a mais das vezes, convenções regionais, às quais eram estranhos os beligerantes. (Respostas da Inglaterra, França e Alemanha, ao Conselho Inter-americano de Neutralidade).

Tais atividades navais não eram, porém, dirigidas arbitrariamente.

O *direito de visita e captura* excedia, é certo, os limites traçados por A. PEARCE HIGGINS, no Curso professado perante a Academia de Direito Internacional (Recueil des Cours, vol. XI/160). Dele não se isentavam nem

“os barcos empregados na pesca costeira, nem os navios destinados á pequena navegação local”.

Justificava-se, porém, tal proceder, *dado o carater de represália* que revestia o bloqueio econômico.

Admitiam-se, além disso, várias exceções. Navios, arvorando a bandeira papal, obtiveram salvo conduto para transportarem alimentos á população grega. Unidades navais da Cruz Vermelha Italiana obtiveram livre navegação pelo Mediterrâneo. E a Esquadra Britânica levou o escrúpulo até radiografia-lhes a notícia da Batalha de Matapan, dando-lhes a localização das belonaves do Eixo, afundadas ou avariadas.

O Almirantado, aliás, antes de decretar o bloqueio, respeitava a Declaração de Paris, relativa á captura. Assim, no “Caso Bennaodhui,” declarou a “Côrte de Prezas” julga-la valida, por se tratar de mercadoria inimiga, *transportada a bordo de navio britânico*.

“If these goods had been in a neutral ship,” dizem os Juizes, “the Declaration of Paris would have applied, unless it could be shown that they were contraband of war” (ap. JOSEF KUNZ, op. cit).

* * *

As medidas germânicas de *contra-bloqueio* já não eram tão concordes com o direito internacional.

A Convênção VIII.^a assinada na 2.^a Conferencia da Paz (18/10/1907) proibira a utilização de “*minas submarinas automáticas de contato*”. Consideravam-se ilícitas todas as minas “não amarradas”, ou desprovidas de um mecanismo que as tornasse inofensivas, uma hora após seu lançamento. (art. 1.^o)

Declarava-se que, mesmo amarradas, tais engenhos deveriam acarretar o menor risco possível, para a navegação pacífica (art. 3.^o). Exigia-se que o beligerante notificasse os

neutros, por meio de notas diplomáticas, a existencia e delimitação dos campos minados (*idem, ibidem*).

Ora, as *minas magnéticas* não eram fixas, nem amarradas. Constituíam perigo indiscriminado, contra beligerantes ou neutros. Conservavam capacidade destrutiva por tempo indeterminado. E seu lançamento quotidiano, sem prévio aviso, de bordo de aviões especializados, modificava, dia após dia, a localização das áreas perigosas. E tornava impossível a comunicação diplomática.

A Inglaterra somente adotou medida semelhante em fins de 1939, e a título de represália. A Argentina protestou contra ambos os adversários (*memorandum citado*).

III.º

A guerra submarina

A guerra submarina fôra regulamentada pelo Tratado Naval de Londres, assinado em 1930. Os Estados Unidos, a França, a Grã-Bretanha e seus Domínios, a Itália e o Japão haviam decidido mantê-lo em vigôr apenas por 6 anos.

Caducou, pois, aos 31/12/1936. Dias antes, porém, as Altas Partes Contratantes firmaram um Protocolo, mantendo de pé a parte IV.^a, por prazo ilimitado. Facultaram, mesmo a adesão aos demais Estados. E a Alemanha foi o primeiro a aderir, aos 23-11-36.

Quando a guerra se iniciou, o Protocolo vinculava, pois, os primitivos sinatários, e mais 34 Países. Englobava, praticamente, todos os beligerantes.

Ora, rezava o seguinte o art. 224:

“The following are accepted as established rules of international law: —

1) — In their action, which regard to merchant ships, submarines must conform to the rules of international law to which surface vessels are subject”.

E mais:

“2 — In particular, except in the case of persistent refusal to stop on being duly summoned, or of active resistance to visit or search, a warship, whether surface vessel or submarine may not sink or render incapable of navigation a merchant vessel, without having first placed passenger, crew and ship's papers, in a place of safety”.

E não bastava intimar o navio a parar. Nem apenas permitir fossem lançados á agua os botes de salvamento.

“For this purpose” continuava o Tratado, “the ship's boats are not regarded as a place of safety, unless the safety of the passengers and crew is assured, *in the existing sea and weather conditions*, by the proximity of land or the presence of another vessel, which is in a position to take them on board.”

Esse é o texto inequivoco da lei internacional vigente.

Obrigavam-se os Estados signatários ou aderentes ao Protocolo de Londres, a assegurar aos passageiros e tripulações de navios mercantes torpedeados

“senão o mesmo confôrto, pelo menos a mesmā ausência de perigos”

de que desfrutavam antes do afundamento (GEORGE GRAFTON WILSON — “The submarine and place of safety”, *in* “The American Journal of International Law”, vol. 35/496)

Ora, confrontemos o texto supra com o que se verificou ao ser torpedeado o “Cabelo”. Fato ocorrido á noite, com mar revolto, muito ao largo da costa, sem prévio aviso, sem a intimação por meio do tiro de pólvora seca; toda a tripulação permanecia a bordo e passageiros adormecidos.

O mesmo verificou-se em todo o decurso da guerra, desde o afundamento do “Athenia”, poucas horas depois da eclosão do conflito, até os últimos dias (vide Proclamação Doenitz aos submarinos alemães, em 1943).

IV.º

A guerra aérea

Discutia-se, em 1939, o problema da extensão da soberania estatal sobre o espaço aéreo.

Muitos a admitiam. Repugnava-lhes, contudo, assimilar a “atmosfera territorial” ás demais partes do território do Estado.

Nossa tese, “Direito publico Aéreo”, foi criticada, por se haver referido a “*território aéreo*”, como constituindo algo de real. Esta interpretação, no entanto, prevaleceu durante a Conflagração inteira.

O ar tornou-se campo habitual de operações militares. Os neutros proclamaram, por sua parte, o carater neutral de seu espaço aéreo.

Considerou-se VIOLAÇÃO DE TERRITÓRIO o sobrevoô inofensivo, por aeronaves beligerantes extraviadas durante a viagem de regresso ás suas bases (protesto belga, a 13/9/39), ainda mesmo quando não houvesse pousado sobre o solo.

Dinamarca apresentou em Londres, “o mais formal protesto contra o vôo sobre território dinamarquês, realizado por aviões britânicos”, — sobrevoô ocasional, verificado após o bombardeio da ilha alemã de Sylt, pela R.A.F. (Março de 1940).

Baterias suíças abriram fogo contra aeronaves militares germânicas, que sobrevoavam Schaffouse (22/9/39); canhões anti-aéreos suecos derrubaram um bombardeador da Luftwaffe, em 1943.

Em todos estes casos, os governos interessados apresentaram pedidos de desculpa reconhecendo, pois, o *princípio da inclusão do espaço aéreo neutro dentro da área defeza às operações de guerra.*

* * *

Dois Acórdos apenas vigoravam quanto á guerra aérea: Um, era a velha DECLARAÇÃO assinada em S. PETSBURGO, proibindo lançar explosivos de bordo dos balões. Outro, o Pacto de Chklaver-Roerich (ratificado pelo Itamaraty, em 1935).

O primeiro, já era considerado caduco, em 1914. O segundo previa a criação de uma bandeira, com 3 aruelas de góles sobre fundo branco, visando proteger os monumentos religiosos, historicos ou artisticos, durante o bombardeio. Continha dispositivos inaplicaveis: — exigia a assinalação luminosa de tais monumentos, para resguardá-los dos “raids noturnos”. Esquecia que, assim fazendo, o Estado privar-se-ia das vantagens do “blackout”. E mostraria, a seus inimigos, a localização das cidades e aglomerações industriais. Não foi cumprido, nem sequer invocado.

Diversos projetos existiam. Entre eles, avultava a RESOLUÇÃO LEVAL, creando as “*cidades sanitárias*”, — idéia votada durante o Congresso Internacional de Medicina e Farmacia Sanitárias.

Cuquoz batera-se pela adoção de “*cidades-refúgio*”, permanentemente desmilitarizadas, onde apenas poderiam entrar crianças, velhos e mulheres, não adstritas á produção industrial.

Nenhum destes projetos, porém, fora convertido em convenções. Á sua falta, applicaram-se ao bombardeio aéreo as normas comumente admitidas para o canhoneio terrestre.

Admitiu-se que determinados lugares fossem considerados “*cidades abertas*”, desde que se despojassem de qualquer defeza, inclusive D.C.A. (Paris, Manilha). Evitou-se, em alguns casos, visar objetivos de importância religiosa (Oasis de Jarabub, etc.).

Os aeronautas e paraquedistas aprisionados, quando em uniforme, era geralmente incluídos entre os prisioneiros de guerra. Verificaram-se algumas exceções (Massacre de pilotos da R.A.F. caídos em Trondheim), mas tal proceder foi reconhecido criminoso, e punido como tal, após a terminação da guerra.

As aeronaves sanitárias gozavam dos privilégios inerentes á Cruz Vermelha (Convenção de 1907, aplicada, por analogia, á guerra aérea).

A captura de aeronaves privadas inimigas, e de mercadorias aéro-transportadas, admitida por HOLLAND e RE-NAULT, foi permitida pelo “Prize Act” britânico:

Pois

“the law relating to prize shall apply in relation to aircraft and goods carried therein, as it applies in relation to ships and goods carried therein”.

E isto não apenas quando os aparelhos estivessem sobrevoando o Oceano,

“and shall so apply”, continuava a lei “notwithstanding that the aircraft in *on or over* land”.

Evitava-se dest’arte a solução híbrida, proposta por FAUCHILLE. Perdurava, porém, a impossibilidade da visita prévia da aeronave. Salvo se a mesma concordasse em acompanhar o aparelho militar até ao aerodromo mais próximo. (vide BONFILS-FAUCHILLE — “Traité de Droit International Public, vol. II —, n.º 1.440, pag. 622).

O bloqueio aéreo, sem apoio de unidades navais, foi ensaiado com êxito sómente na repressão de revoltas hindús, na fronteira do Waristan. (Janeiro/Maio de 1939). Não foi tentado na Europa. Sua admissibilidade jurídica é, aliás, negada por LAWRENCE e OPPENHEIM, sem grande fundamento.

V.º

A guerra química

A expressão “guerra química” é geralmente considerada sinônima da guerra de gases.

Ela fôra proibida, teoricamente, em 1899. O Tratado de Versailles considerava-a ilícita (art. 171). A Convenção de Washington (6/12/1922) interditava o

“emprêgo, em tempo de guerra, dos gases asfixiantes, tóxicos ou similares, bem assim como de todos os líquidos, matérias e processos semelhantes” (art. 50).

O *Protocolo de Genebra* estendia a proibição á exportação de produtos, dos quais os Estados pudessem fabricar tais meios de destruição..

Malgrado tantos textos, militares e internacionalistas previam, para esta guerra, grande emprêgo de gases vesicantes, como a mostarda, ou asfixiantes, como a iperite.

GESTRUDIS WOKER, na “Conferencia Interparlamentária”, LORD CECIL, na S.D.N., GUY WITTA, em seu opúsculo sobre “La guerre de gaz”; o general FRIES, no “Chemical Warfare”, todos repizavam quadros catastróficos de desolação.

JONKHEER VAN EÛSINGA, professor da Universidade de Leyde, sintetizava seus ensinamentos:

“Une chose est incontestable et incontestée: — c’est que, tandis que la Grande Guerre n’a pas encore réalisé la combinaison de la guerre chimique et de la guerre aérienne, — l’aérochimie — on doit s’attendre maintenant à cette combinaison, dont seront les victimes, non pas seulement les forces armées, mais aussi les centres de population, les grandes villes, de même que des parties entières

d'un pays" ("La guerre chimique et le mouvement pour sa repression", in "RECUEIL DES COURS DE L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL", vol. XVI).

Outros autores previam até o advento da *guerra bacteriológica*, — já proibida pelo Protocolo de Genebra.

Entretanto, nada disto se verificou. O receio mútuo de represálias, impediu o emprêgo de gases asfixiantes, no Ocidente. Acusa-se os japoneses de havê-los utilizado, na frente central chinesa, e no setor de Lae (Nova Guiné). Faltam, porém, comprobantes sérias.

A guerra atômica

Surgiu, porém, nos últimos dias da guerra, a "bomba atômica", empregando a energia proveniente da desintegração. E' uma nova arma fisico-química, cuja regulamentação internacional já se procura obter.

VI.º

Fim da guerra

A Segunda Conflagração Mundial apresentou alguns tratados de paz. (Tratado russo-finlandês de Vipuri, em 1940; acôrdo anglo-russo-iraniano, 1941).

Na maioria dos casos, porém, verificou-se um *armistício*, cuja amplitude de exigencias constituia verdadeira rendição.

Equivalem, pois, á antiga *deditio*, com simples ressalva de uma devolução futura do pleno exercício da soberania. Estipulam-se a ocupação do território vencido, utilização de suas forças de produção, entrega do material de guerra, desarmamento integral. Cláusulas politicas restringem, temporariamente, o exercício do Poder Soberano.

Entretanto, tal situação, bastante instavel, prevê a possibilidade de revisão. De readatação ás eventualidades de um futuro que mal se delinea.

Tentar deduzi-lo foge aos limites do presente estudo. E' o Após-Guerra que surge. Com seus problemas, bem mais económicos que jurídicos. Bem mais políticos, que funcionais.

E a experiencia, haurida nesta Guerra, será por certo util. Porque terá demonstrado as falhas da estrutura internacional preexistente. E apontado diretrizes, para a construção de um mundo melhor.

NOTA: AS ARMAS "V". Os alemães usaram, na última fase da guerra, projetis-foguetes ("bombas voadoras", etc.). Tais meios de destruição, lançados de plataformas terrestres, segundo os princípios usuais de balística, deveriam regular-se pelos princípios norteadores do bombardeio terrestre.

Ora, a Declaração de Bruxelas (art. 17) exige que tais bombardeios poupem, na medida do possível, os edificios consagrados ás ciências e ás artes, os hospitais e pontos de reunião dos feridos e doentes. O Regulamento de Haya estende tal proteção ás instituições beneficentes (art. 27).

O bombardeio de destruição, por outro lado, tem sua legitimidade condicionada ao "carater e utilidade militar dos objetivos, que são alvejados, e não se pode declará-lo legítimo, quando, de fato, devido á grande distância a que deve ter lugar, é impossível ao beligerante dirigi-lo com precisão sôbre os únicos alvos que podem ser canhoneados" (BONFILS-FAUCHILLE, op. cit., n.º 1.098).

Logo, *a fortiori*, ilegítimas são as armas, atirando sôbre a área de Londres situada a 250 kms. de distância. — Armas desprovidas de mira, sem direção precisa e alvo determinado, — seu emprêgo constitúe grave infração ao direito internacional.

Os atos nulos e anuláveis contraidos de boa fé

Otávio M. Guimarães

1 — Os atos que miram efeitos jurídicos, podem não realizar êsse objetivo, seja porque não contêm requisitos essenciais, naturais ou civis, seja porque afrontam preceito de lei inderrogavel.

Todo ato jurídico pressupõe, como é óbvio, a existência de pessoa capaz de deliberar. Assim quem não tiver aptidão para consentir, quando consentir, está consumando sòmente uma ação aparente, sem nenhum conteúdo jurídico.

A vontade que é capaz tem que se declarar e a declaração há de ser livre ou isenta de vício, e ha de se cingir ainda à forma que a lei designa.

A pessoa capaz que manifestar seu intento pela maneira legal, realizará, em regra, ato que a lei protege.

Pois atos há quem têm todos os elementos de validade, mas não valerão e se proibem, porque danosos à ordem pública.

E então o ato que aparenta que é jurídico, não terá eficácia em vista da proibição legal.

São nulos, pois, todos os atos dos absolutamente incapazes de consentir, ou que se manifestarem por forma diversa daquela que a lei determina.

Nulos também são os atos quando fôr ilícito o seu objeto, ou quando infringirem preceitos legais de ordem pública.

Ao par dos atos nulos existem os atos anuláveis, admitidos como medida de proteção em certos casos e a cer-

tas pessoas: aos que contrataram mediante vício da vontade, aos relativamente incapazes, à mulher casada, etc.

Sendo atos de benefício, é certo que só o beneficiado, ou seus herdeiros, é que poderão invocar a nulidade; e é certo também que a pessoa protegida poderá utilizar-se, ou não, da vantagem que a lei outorga.

O ato valerá, ou não, conforme a vontade do interessado, e produzirá todos os resultados jurídicos até que seja reclamada a anulação.

2 — Anulado o ato, quer se trate de nulidade absoluta, quer de nulidade relativa, surge então a tésse em questão, quanto aos efeitos jurídicos em relação aos contratantes e ao terceiro.

A conclusão normal é a que expressa o próprio vocábulo, isto é, anulado o ato, hão de se extinguir todos os seus efeitos, pois não é compreensível que um ato que se desfez, sobreviva ainda nas sua consequências.

O preceito legal (art. 158) é êsse: “Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam”.

E o conceito jurídico é idêntico, como ensina COVELLO, Manuale, par. 107: “pronunciada a anulação, o negócio é tido como si jamais houvera produzido efeitos jurídicos; quindi restano distruti anche quelle già avverati, il che si esprime col detto — l’annullamento ha efficacia retroattiva”.

Comumente, pois, anulado o ato, todos os seus efeitos se dissipam, ou o possuidor não terá direito aos frutos, e o terceiro perderá o direito transmitido.

3 — Existindo o vício desde a constituição do ato, há de ser certo que a anulação deverá produzir efeito *ex-tunc* ou desde então em virtude da *resolutio ex-cause primæva et necessaria*.

Mas essa regra não dominará na hipótese de boa fé. Assim teremos que examinar primeiramente a boa fé jurídica, e depois a sua aplicação aos atos nulos e anuláveis.

A boa fé ou é um ato psicológico, fato subjetivo diversificável segundo o indivíduo, ou tem que ser uma convicção que se estribou em base objetiva.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, par. 176, conceitua deste modo: “Per buona fede si deve intendere l’onestà convinzione, che nell’appropriamento della cosa nessuna ingiustizia materiale viene commessa”.

A convicção para ser honesta tem que ser positiva, ou persuasão da existência do direito.

Assim a boa fé jurídica, ou que produz efeitos jurídicos, é a objetiva, por estas duas razões:

- a) Para que não fiquem o negligente e o impulsivo numa situação mais vantajosa do que o avisado e o prudente;
- b) Para se lograr um critério certo de estimação jurídica.

A boa fé objetiva é a que se funda num título real, embora viciado.

“Deve fratarsi, diz Stolfi, *Diritto Civile*, V 2.º, parte 1.ª, n.º 85, di un titolo che abbia esistenza giuridica; che abbia cioè tutti i requisiti richiesti per la esistenza, quantunque sia inficiato da un vizio che lo rende annullabile”.

A lei civil brasileira, no entanto, atenuou o rigor do princípio, e admitiu boa fé mesmo no título putativo, reputado existente, ou tido como válido.

Pois no art. 490 par. único declarou que “o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa fé”.

Assim quem não tem justo título, ou tem título desprovido de valor, também poderá arguir boa fé, contanto que prove “sua ignorância do vício ou do obstáculo que

lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído” (art. 490).

4 — Quem adquire por ato nulo nem tem título, porque “a nulidade absoluta impede que il titolo sorga ed escludono per conseguenza ogni idea di ignoranza” (STOLFI, cit. n.º 249); nem seu título seria justo, por não possuir os atributos precisos à sua existência.

Assim não deveria ser lícita nesse caso de ato nulo, a alegação de boa fé, porque o arguente estaria arguindo por erro inescusável, isto é, supondo a existência de direito mediante ato que, por lei expressa, não lhe concede nenhum resultado jurídico.

Quem, por exemplo, funda a posse do imóvel num contrato verbal, quando a lei requer escritura pública *ad substantiam*, ou para a existência do ato, não poderia pleitear a posse de boa fé, porquanto, pleiteando, estaria baseando em erro sem escusa essa sua pretensão.

Entretanto a lei brasileira aceitou a alegação de boa fé mesmo nos atos nulos, para a aquisição dos frutos.

Essa extensão do conceito também se repetiu no caso do casamento nulo. Uma vez que os cônjuges, ou um deles, reputem válido o casamento, esse fato material adquire situação jurídica análoga a do casamento legítimo.

“Embora anulável, ou mesmo nulo, si contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória”. (art. 221 do Código Civil).

Fóra esses dois casos nomeados na lei, de aquisição dos frutos e de validade do casamento, os atos nulos não produzem outras consequências senão essas especificamente designadas.

Não valendo entre as partes senão nas hipóteses apontadas, não valerão também em relação ao terceiro, ou não lhe darão direito definitivo à sua aquisição.

A boa fé que consuma o direito do terceiro, há de se esteiar num justo título, e ignorância escusável do vício que o anula.

E no caso de ato nulo nem o título é justo, porque constituído em desacôrdo com a lei, nem legitima a ignorância do vício, pois que patente pela preterição das normas legais.

5 — A indagação que acaba de ser feita acerca dos atos nulos, pode estender-se também ao ato anulável.

Si o ato anulável, depois de anulado, se equipara ao ato nulo, dever-se-ia concluir que um e outro, ambos êles não foram senão aparência.

Não seria possível então a prevalência da boa fé, por lhe faltar o assento objetivo que a valoriza e que é o justo título.

Já vimos, entretanto, que a boa fé que atribui direito aos frutos, não precisa, por lei, de se estribar em justo título.

Si quando existe título se presume boa fé, como declara a lei, é claro que quando não existir, não se presume, mas se admite ainda assim a possibilidade de boa fé, embora não presumida.

Na própria doutrina que requer a existência do justo título, nela mesma poder-se-à advogar à influência da boa fé como criadora de direito.

Quanto à aquisição dos frutos dir-se-à o que disse A. MONTEL, *Elementi del possesso di buona fede*, n.º 39:

“Prima della dichiarazione di nullità, il negozio é *di fatto* esistente e capace di produrre i suoi effetti, e tra essi v'è pur quello di attribuire la qualità di possessore di buona fede a chi sul negozio fondó il suo possesso”.

O ato anulável, pois, atribuirá efeitos jurídicos ao contratante de boa fé, ou que desconhecer o vício, porque estará valendo, tem virtualidade para valer, até que o pre-

judicado demande a anulação. A nulidade não tem efeito antes de julgada por sentença, preceitua o art. 152 do Código Civil.

Ha, entretanto, ato anulável que não outorga nenhum benefício jurídico, como aquele que se realizou ou por coação, ou por dolo.

E' óbvio que nesses casos o possuidor estará possuindo; o titular do direito estará usufruindo as vantagens do negócio, sabendo do vício, porque autor, êle mesmo, da ação fraudulenta.

Adquirente então de má fé, conhecedor do vício, não seria lícito que aproveitasse da sua malícia. Não só não aproveitará como ainda responderá ao parceiro enganado pelo procedimento desleal.

6 — Não é aventura asseverar que o terceiro de bôa fé ganhará definitivamente a aquisição firmada originariamente em ato anulável.

Anulado o ato, nem por isso o terceiro de bôa fé perderá.

Não será então possível a restituição das partes ao estado, em que antes dele se achavam; mas em tal caso o terceiro ficará com o direito adquirido, e o obrigado à restituição "indenizará com o equivalente", como determina o art. 158 do Código Civil.

O terceiro adquirirá porque nessa hipotese tem o ato toda a aparência de validade, pois o erro, a coação e o dolo são defeitos ocultos, consumados às escondidas, que não se manifestam por nenhum sinal, não tendo o terceiro meios de conhecer.

O terceiro poderá alegar, e alegará bem, que adquiriu de bôa fé, ignorando o vício que lhe tolhia a aquisição.

O direito alienado, nessa situação, se consolidará em virtude da culpa do prejudicado, pois devendo anunciar a realidade ou pleitear a anulação, se quedou, e concorreu desse modo para a consumação da transferência defeituosa.

O art. 142 do Código Civil Alemão contem esse pensamento, como adverte SALEILLES, De la declaration de la volonté, p. 352:

“o terceiro perde quando conhecia, ou devia conhecer a nulidade do ato”; e, pois, não perde quando desconhecia que era essa a situação anterior.

O prejudicado pôde ou anular ou ratificar o ato. Quando ratificar, “não há de prejudicar o terceiro”, conforme dispõe o art. 148 do Código Civil.

Si o ato de confirmar não prejudica o terceiro, também, por identidade de razão, o ato de anular não o prejudicará.

O terceiro, interessado na anulação, tem o direito de obstar a ratificação, a-fim-de não prejudicar-se.

Por igualdade de tratamento também o terceiro interessado na validade, há de ter direito idêntico, isto é, a faculdade de pleitear a legitimidade da aquisição, e não sofrer assim o dano da anulação.

E' lícito concluir que, enquanto não arguida a nulidade, o ato tem força geradora de direito: — outorgará os frutos ao possuidor, e transmitirá válidamente ao terceiro o direito até então existente.

Hão de valer, pois, todos os atos praticados *in medio tempore*, entre a constituição do ato e o pedido de sua anulação.

PRELEÇÕES

Decisão e coisa julgada

Enrico Tullio Liebman

I — Classificação das decisões do juiz

O assunto que hoje vamos considerar com certo desenvolvimento é o da classificação das decisões.

A doutrina antiga e tradicional classificava as decisões em duas categorias: definitivas e interlocutórias.

A palavra interlocutória vem do latim “inter” e “locutus” e quer dizer “falar entre”, “falar na fase intermédia”. *Sentenças interlocutórias* são todas aquelas que o juiz profere, decidindo incidentes que se apresentam no curso do processo.

Por sua vez, a sentença interlocutória deve ser distinguida em duas categorias: mixta e simples. *Sentença interlocutória simples* é aquela que corresponde exatamente à definição de sentença interlocutória, isto é, aquela que decide alguma questão que se apresenta no curso do processo. Mas há casos em que o juiz ao decidir um incidente prejudica de algum modo o processo em si mesmo; neste caso, chama-se esta sentença de *interlocutória mixta* ou interlocutória com força de definitiva. Exemplo: quando o juiz, examinando a legitimidade das partes verifica que uma delas é ilegítima e, portanto, o processo não pode continuar, pronuncia, uma decisão que encerra o processo. Mas apesar disso a controvérsia permanece imprejudicada. Não se

(*) Notas taquigraficas das aulas proferidas na Faculdade de Direito de São Paulo, no ano de 1944.

pode chamar tal sentença de definitiva, porque não decide o mérito da causa. Tão pouco se poderá dizer que se trata de uma sentença interlocutória no sentido restrito, isto é, sentença proferida na fase intermédia do processo. Dai o chamar-se sentença interlocutória com valor de definitiva, ou sentença interlocutória mixta.

Esta classificação das sentenças está bem longe de corresponder à idéa dos romanos em matéria de processo. *Sentença* era só a decisão final da causa. “*Sententia*” era o ato que decidia a controvérsia, condenando ou absolvendo o réu. A todos os decretos que o juiz proferia para ordenar a marcha do processo, chamavam os romanos de “*interlocutiones*”, e não tinham nem a forma, nem a eficácia da “*sententia*”, podendo a qualquer tempo ser modificadas, e até na segunda instância.

Foi no direito intermédio que o conceito de sentença se estendeu, passando a compreender todas as decisões do juiz. E as que os romanos chamavam de *interlocutiones* chamaram-se *sentenças interlocutórias*, com consequências práticas de grande relevo, como teremos oportunidade de vêr ao estudarmos os recursos.

A técnica do Código do Processo Civil vigente, porém, tal como a doutrina moderna, não acolheu essa classificação. A classificação moderna começa por distinguir as decisões finais das interlocutórias.

As decisões finais por sua vez se dividem em definitivas e terminativas do processo.

As interlocutórias dividem-se em: despachos interlocutórios e despachos de expediente ou ordenatórios.

Decisões finais são aquelas que fazem terminar o processo. Prolatada a decisão final, termina a instância, o juiz encerra a sua função e não mais pode modificar a situação jurídica, senão por força de novos acontecimentos, como seja, a interposição de recurso, etc. Mas a função que o juiz

inicia, no momento em que recebe a petição inicial, finda ao pronunciar a decisão final. Essa decisão final pode ser de duas espécies: o juiz pode decidir a controvérsia no mérito, como também pode declarar não poder decidi-la no mérito. Em ambos os casos o juiz põe fim ao processo. Num caso, porém, exercitando efetivamente a sua função de juiz, isto é, *julgando* a controvérsia; no outro caso, deixando a situação das partes, quanto à controvérsia, imprejudicada, por declarar não poder entrar no exame e no julgamento do mérito, por algum defeito do processo.

Já aprendemos a distinguir a relação jurídica processual da relação jurídica material ou substancial, que é o objeto do processo. O juiz não pode examinar a controvérsia e julgar si o processo não está de acordo com as regras do direito processual. Si o processo não apresentar aqueles requisitos mínimos, fundamentais, que a lei exige para o considerar regularmente instaurado, permitindo o exame da controvérsia proposta pelas partes, o juiz ao verificar que tal processo não apresenta esses requisitos, ou por defeito dos atos iniciais, ou por falta dos pressupostos processuais, ou ainda por alguma nulidade dos atos sucessivos do processo, nestes vários casos deve declarar o defeito, a irregularidade, a nulidade. Nestes casos todos o juiz não decide sobre a relação material controvertida e sim, unicamente, sobre a relação processual. A decisão que ele profere faz terminar o processo, deixando tal como estava a controvérsia principal existente entre as partes. O Código de processo chama esta *decisão de terminativa* do processo.

Ao contrário, si o juiz encontra o processo regularmente formado e instaurado, observadas todas as prescrições legais na execução dos vários atos processuais, pode entrar no exame da controvérsia, estudar os pedidos das partes, examinar as provas apresentadas e enfim pronunciar-se sobre o pedido para declará-lo procedente ou improcedente. Neste

caso temos a *decisão definitiva*. Só neste caso o processo alcançou a sua finalidade: a lei foi estabelecida entre as partes, cada uma delas sabe o que deve, o que pode fazer, a justiça foi aplicada. Esta é a sentença definitiva. A rigor só esta se chama *sentença*.

Restaurando a antiga terminologia latina, a doutrina moderna e o Código de processo manifestam a tendência de restringir o uso da palavra “sentença” unicamente para as decisões definitivas do mérito. As decisões finais simplesmente terminativas do processo não são realmente sentenças.

Vejamos agora as decisões interlocutórias.

No decurso do processo o juiz tem várias vezes oportunidade de falar. Quando o juiz fala no processo sempre decide, ordena, decreta alguma coisa. Todos esses atos do juiz também são decisões, embora não sejam decisões finais. Rejeitando a velha terminologia de “sentenças interlocutórias”, indicamos êsses vários decretos do juiz como “*decisões interlocutórias*”.

Essas decisões dividem-se em: despachos interlocutórios e despachos de expediente. A lei no art. 20 do Código de processo fala dos prazos concedidos ao juiz para pronunciar esses despachos, distinguindo bem os despachos interlocutórios dos de expediente.

Art. 20 — “O prazo para os despachos de expediente será de vinte e quatro (24) horas, e para os interlocutórios, de cinco (5) dias,”

Pela diferença de prazos já se vê que um deles é mais importante, o outro mais simples. Com efeito, o *despacho interlocutório* é aquele no qual o juiz decide alguma questão incidente que se apresenta no curso do processo, o que faz logo, sem remetê-la para decisão final. Ao contrário, o *despacho de expediente* não decide uma questão controvertida entre as partes, apenas dispõe sobre a marcha do processo. Uma petição apresentada em cartório não será despachada, nem o réu citado senão por despacho do

juiz. O réu apresenta sua contestação; essa contestação não é juntada aos autos sem um despacho do juiz, e assim por diante. Cada passo que dá o processo é marcado por um despacho do juiz, que ordena se faça tal coisa, se juntem tais documentos, se cite, se ouça esta parte, etc. Estes são os despachos de expediente, que nada decidem, apenas dispõem sobre o andamento do processo.

Quando, porém, para decidir uma questão qualquer surge uma controvérsia entre as partes (suponhamos que o réu afirme, em contraposição ao autor, que o juiz é incompetente, ou suponhamos que o réu conteste a legitimidade do autor, etc.); em todos estes casos o juiz decide uma questão, e o ato pelo qual decide é um *despacho interlocutório* ou *decisão interlocutória*, se o juiz decidir no sentido da continuação do processo.

Entre os despachos interlocutórios, há um que se destaca pela sua importância e que tem um nome especial, que evidencia a sua função específica: o *despacho saneador*. Ele tem a função de sanar o processo, isto é, limpá-lo de seus eventuais defeitos e livrá-lo das questões que possam existir quanto à sua regularidade, abrindo assim caminho para a instrução e o julgamento do mérito da ação.

O art. 294 do Código de processo indica as questões que devem ser decididas neste despacho. Se a decisão é negativa, porque declara subsistente um destes defeitos, o juiz profere uma decisão terminativa, que põe fim ao processo sem lhe resolver o mérito. Se a decisão é positiva e declara regularmente instaurado o processo, providenciando para a instrução da causa, temos o verdadeiro despacho saneador em sentido estrito, que é um despacho interlocutório.

O saneamento do processo pode também ocorrer em duas etapas. Com efeito, ao examinar as questões indicadas no art. 294, o juiz pode encontrar irregularidades ou nulidades sanáveis. Neste caso a lei não quer que o juiz anule o processo. Para economisar tempo e dinheiro e aproveitar quanto possível a atividade processual já realizada,

deve o juiz mandar suprir essas nulidades e irregularidades. Realizadas as necessárias diligências, o juiz proferirá um novo despacho para constatar o cumprimento de suas disposições e designar a audiência de instrução e julgamento. Será este também um despacho saneador, que completa o primeiro.

Esquematisando a classificação moderna das decisões, temos:

Decisões	} Finais	terminativas (finalizam o processo sem apreciação do mérito)
		definitivas (terminam o processo, julgando o mérito da causa)
} Interlocutórias	desp. de expediente (dispõem sobre o andamento do processo)	
	desp. interlocutórios (decidem questões incidentes no decorrer do feito)	

II — Efeitos das decisões interlocutórias

Segundo uma regra tradicional, que se encontra nas Ordenações Portuguesas, quando o juiz profere uma decisão final, ele exgota seu poder e sua função no processo, o que (com palavras das fontes romanas) se exprimia dizendo que ele “*functus est officio suo*”. De acordo com esta regra, acontece o contrário, quando o juiz profere uma decisão interlocutória.

Portanto, proferida a decisão final, cessa para o juiz a possibilidade de intervir de qualquer forma no processo que ele próprio encerrou, a não ser que atos sucessivos venham abrir uma nova fase do processo, como seria a interposição de um recurso ou o pedido de execução da sen-

tença; em especial, não pode o juiz modificar a sua decisão. Ao contrário, quando o juiz profere as decisões interlocutórias, não exgota seu poder no processo, porque, justamente por ser a decisão interlocutória, o processo deve continuar e ao próprio juiz cabem os poderes necessários para acompanhar e fazer o processo marchar para a frente. Em consequência disso, ele pode sempre considerar novamente as questões decididas no despacho interlocutório e, eventualmente, modificar ou revogar esta decisão.

Esta regra, formulada de um modo um tanto vago, dá lugar a alguns inconvenientes, complicações e demoras; com efeito, nunca há segurança de que um passo dado para a frente seja definitivo, se em qualquer momento o juiz pode voltar para traz e dar ao processo novo rumo. Em nosso tempo é muito maior a aspiração a que o processo tenha um andamento rápido e preciso. Por conseguinte, a possibilidade da modificação das decisões interlocutórias sofre importantes restrições.

Acontece, com efeito, que algumas destas decisões podem ser recorridas, segundo regras que serão estudadas em seu devido tempo; para outras, ao contrário, a lei não prevê nenhum recurso possível.

Ora, quando a lei estabelece a possibilidade de a parte interessada recorrer duma decisão, reconhece com isso à própria parte um direito subjetivo processual de obter o reexame da questão decidida, direito que deve ser exercido em formas e prazos determinados. E' evidente, pois, a conclusão de que nestes casos tal efeito só pode ser atingido com o exercício, nas formas devidas, desse direito da parte, isto é, com a interposição do recurso; sem a interposição do recurso, a decisão não pode ser modificada.

Chegamos assim ao resultado seguinte: quando uma decisão interlocutória pode ser recorrida, sua modificação só pode ocorrer, em consequência, nas formas e com os efeitos da interposição do recurso; ao contrário, quando a lei

não estabelece a possibilidade de um recurso, a decisão pode ser modificada sem formalidade alguma pelo próprio juiz que a proferiu, a requerimento da parte, ou “ex officio”. Contudo, também nestes casos a modificação não poderá ocorrer em qualquer tempo; ela só será possível enquanto o andamento da causa ainda o permitir, isto é, se o processo não atingiu ainda em sua marcha para frente um ponto tal que a questão decidida deva ser considerada como superada.

Resumindo, uma decisão não poderá ser modificada pelo juiz nos casos seguintes:

- a) se recorrível, e o recurso não foi interposto;
- b) se recorrida, foi confirmada pela instância superior;
- c) se embora não recorrível, o processo, tendo continuado a sua marcha, atingiu uma situação que seria incompatível com a modificação da decisão.

Nos outros casos o juiz pode revogar ou modificar a sua decisão.

Quando, verificando-se os casos indicados, a decisão interlocutória se tornou imutável, temos uma “preclusão”. Chama-se preclusão a perda de uma faculdade ou de um direito subjetivo processual, perda que pode ocorrer porque não se fez uso dessa faculdade no momento e no prazo devido, ou porque se realizaram atos incompatíveis com a vontade de usar dessa faculdade ou ainda, porque já se fez uso dela uma vez (consumação).

As preclusões são frequentes no processo, como expediente de que se serve a lei para dar ordem, precisão e rapidez ao processo. Uma de suas aplicações mais importantes é justamente esta de que estamos falando, e que consiste em tornar definitivo, imutável o efeito produzido pelas decisões interlocutórias e afastar desse modo, à medida em que se apresentam e são decididas, as muitas questões processuais que podem ser suscitadas no decorrer do

processo. Por exemplo: proferido o despacho saneador, se a parte interessada não interpõe o recurso cabível (agravo no auto do processo, art. 851, n. IV do Cód. de Proc. Civil), as questões decididas no despacho não mais poderão ser suscitadas no decorrer do mesmo processo.

Seria inexato falar de coisa julgada a respeito desse efeito da preclusão. A coisa julgada, como veremos melhor nas próximas aulas, só tem lugar nas decisões que resolvem o mérito do processo, ou seja, de acordo com nossa classificação, nas decisões definitivas (sentenças) (art. 287, 288 do Cód. Proc. Civil). Seu efeito está destinado a repercutir em qualquer novo processo em que o mesmo assunto possa ser objeto de discussão. Ao contrário, a preclusão produzida por uma decisão interlocutória só vale para o próprio processo em que se produziu, pois, só é nele que podem ter relevância as questões processuais decididas.

Esse efeito da preclusão não se produz unicamente quando o juiz decide de modo explícito uma questão. Temos até casos em que a preclusão se produz por decisão implícita do juiz, e isso acontece, quando o despacho interlocutório tem, de acordo com a lei, uma função específica, que não pode ser realizada sem decidir previamente alguma questão. Nesse caso, a prolação de um despacho desse tipo implica necessariamente na decisão destas questões prévias.

O exemplo mais evidente é ainda o do despacho saneador. A função saneadora desse despacho consiste necessariamente na decisão das questões duvidosas acerca da regularidade da instauração do processo. Sanear o processo, quer dizer justamente limpá-lo de dúvidas. O art. 294 do Código indica as questões que o juiz deve decidir ao proferir o despacho saneador. Ora, acontece muitas vezes que o juiz não decide expressamente no despacho saneador algumas das questões indicadas no art. 294. Declara saneado o processo, deixando de fazer menção especial à questão da legitimidade das partes, ou à questão da

regularidade dos atos processuais até aquele momento realizados. Podemos perguntar: nesse caso, essas questões não expressamente decididas, mas que são necessariamente questões prévias no saneamento do processo, devem ou não ser consideradas como decididas implicitamente si o despacho não é recorrido, a preclusão abrangerá também essas questões não expressamente decididas, mas que deviam ser para poder ser proferido o despacho saneador?

A resposta é afirmativa. Essa decisão implícita das questões que se deviam considerar como necessariamente prévias ao efeito que o despacho é destinado a produzir, tem a consequência de fazer com que a preclusão abranja todas essas questões. Por exemplo: o juiz no despacho saneador declara saneado o processo, mas esquece de indicar que decidiu também sobre a legitimidade das partes; apesar disso, si não há recurso, a questão da legitimidade está resolvida.

No caso do despacho saneador essa conclusão é fácil, porque a lei expressamente indica os assuntos sobre os quais deve versar; portanto, proferido o despacho saneador, necessariamente estarão decididas essas questões, no sentido de que o processo está regularmente instaurado. Em outros casos, porém, em que a lei não é expressa e não indica taxativamente ao juiz as questões que deve decidir, será um pouco mais difícil indicar exatamente o alcance da preclusão. Mas ainda nestes casos, devemos dizer que todas as questões necessariamente prévias ao efeito que o despacho está destinado a produzir se devem considerar como implicitamente decididas; e si não fôr interposto recurso, compreendem-se no efeito da preclusão.

E' isto que se pode dizer sobre as decisões interlocutórias, e sobre o modo e a espécie de efeitos que elas produzem.

Nas próximas aulas veremos qual a eficácia e os efeitos das decisões finais, e principalmente da decisão definitiva.

III — Efeitos das decisões terminativas

Continuemos a examinar as várias decisões no que se refere aos seus efeitos. E' o momento de tratarmos das decisões terminativas do processo.

Qual será o efeito das decisões terminativas?

Seu nome, sua definição já respondem: encerram o processo sem julgar o mérito. Estas decisões estão sujeitas a recurso especial, que se chama agravo de petição. Si, decorrido o prazo para recurso, ele, entretanto, não é interposto, a decisão se torna definitiva, imutável, e o efeito do encerramento do processo também se torna definitivo e imutável.

Será que esse resultado se pode qualificar como “coisa julgada”? Este é um problema que examinaremos melhor mais tarde. Por ora, a respeito das decisões terminativas nada mais nos resta dizer.

IV — Sentença. Seu conteúdo

Passando ao estudo das decisões definitivas, da *sentença*, ato final e culminante do processo, e para cuja prolação contribuem todas as atividades desenvolvidas no processo, diremos que o processo não é senão uma preparação desse ato com o qual o juiz finalmente recolhe os vários elementos conseguidos no decorrer do feito, examina as provas, as opiniões e razões jurídicas desenvolvidas pelas partes e profere a sua decisão. E' nesse ato que o Estado exerce propriamente a sua função jurisdicional.

Podemos definir a sentença como *o ato pelo qual o juiz decide a lide*, isto é, julga a causa declarando procedente ou improcedente a ação proposta.

Nessa definição usei pela primeira vez da palavra “lide”, palavra que tem na linguagem jurídica mais de uma

significação. Devemos, porém, atribuir-lhe um sentido técnico, porque a lei no art. 287 a emprega com esse significado técnico.

ART. 287 — “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.”

Que quererá dizer “lide” e decisão total ou parcial da lide?

Essa palavra “lide” vem do latim, “lis,litis” e significa demanda, litígio. O código usa da expressão “lide” para referir-se ao mérito da causa. Querendo dar uma definição um pouco mais precisa desse conceito fundamental, porque indica o objeto do processo, poderíamos dizer que “lide” é *o conflito entre os pedidos contrários das partes*. Conflito que o juiz pode resolver, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido do autor.

Neste ponto poderá surgir esta objeção à definição: Pode acontecer que o réu seja revel, ou embora presente não faça nenhum pedido, ou ainda, embora fazendo pedido, concorde com o pedido do autor e, portanto, em todos esses casos não haverá conflito de pedidos. Haverá só o pedido do autor, ou haverá pedidos coincidentes do autor e do réu.

Penso que a objeção não procede pelas razões seguintes: o juiz deve decidir sobre o pedido do autor, qualquer que seja a atitude do réu no processo. A atitude do réu no processo pode facilitar ou dificultar o trabalho do juiz, mas não tem importância decisiva sobre o resultado final, sobre a decisão do juiz.

O fato de o réu concordar com o autor, quanto ao pedido, não modifica de nenhum modo a obrigação do juiz de examinar si esse pedido é realmente procedente ou não. O acordo do réu com o autor de forma alguma exime o juiz de verificar si o pedido do autor é realmente procedente. Assim é, pela razão de que o juiz não deve provi-

denciar sobre o pedido de uma parte, senão quando se convencer de que esse pedido efetivamente procede. A atitude da outra parte não pode eximir o juiz da sua obrigação de verificar a procedência do pedido, poderá quando muito influir sobre as atividades instrutórias. Portanto, qualquer que seja a atitude do réu, deve o juiz examinar si o pedido do autor é procedente ou não, tal como aconteceria si o réu contestasse o pedido do autor e formulasse um pedido contraditório.

Chegamos, portanto, à conclusão de que o objeto do processo é sempre o conflito efetivo ou virtual dos pedidos formulados pelas partes. Que seja efetivo ou virtual não tem importância deste ponto de vista, terá muita importância, quando tratarmos da estrutura do processo, assunto que por ora não nos preocupa.

Qualquer que seja a atitude do réu em face do pedido que o autor formulou e que deve ser examinado em sua procedência, tanto si o réu concorda com ele, quanto si o contesta (o que acontece na maioria dos casos), formulando um pedido contrário, a decisão do juiz é afinal a resposta que ele dá ao pedido do autor.

Esquematizada ao máximo a estrutura do processo, ele se nos revela como a atividade desenvolvida pelo juiz para responder a um pedido que o autor lhe fez afim de que profira determinada providência. O juiz deve decidir si essa providência deve ou não ser concedida. A sua decisão consiste, justamente, nesse julgamento que ele faz sobre o pedido, deferindo ou não a providência que o autor lhe pede.

Portanto, o juiz deve unicamente decidir sobre os pedidos das partes. Não pode decidir sobre assuntos que não sejam compreendidos no pedido das partes.

ART. 4.º — “O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem...”

Si o juiz julga sobre assuntos que não constituem objeto do pedido incorre naquele vício da sua decisão que se chama “extra petita” ou “ultra petita”, quer dizer, julgar fóra, ou além do que foi pedido.

Qual será o critério para saber si o juiz ficou exatamente no limite dos pedidos, si julgou exatamente para declarar a procedência ou improcedência do pedido formulado? Qual o meio para se saber si a petição inicial e a decisão coincidem?

Pela identidade de seus elementos. Assim como os indivíduos são identificados pela côr dos olhos, do cabelo, da pele, etc., do mesmo modo a ação, a lide, o pedido têm elementos que servem para os identificar. São eles: as partes, o objeto e a causa.

Quando a ação proposta e a ação julgada têm os mesmos elementos identificadores, isto é, as mesmas partes, referindo-se ao mesmo objeto e tendo a mesma “causa petendi”, então diremos que o juiz julgou exatamente a ação proposta, e que permaneceu dentro dos seus poderes. Por outro lado, si ele julgou com referência a outra pessoa, ou outro objeto, ou outra “causa petendi” das que constituíam os elementos da ação proposta, ele julgou “extra petita” ou “ultra petita” e a decisão é viciada. Não nos vamos deter aqui para estudar que espécie de vício é este. Sabemos que é uma decisão viciada, e isto é o que interessa no momento.

O conteúdo da sentença é, portanto, a decisão da lide. Mas como o juiz decide esta lide? Qual o caminho lógico que o juiz deve percorrer para decidir a lide?

Deve examinar si os fatos afirmados pelas partes como existentes resultam provados, e si as consequências jurídicas desses fatos são aquelas que as partes pretendem. Portanto, seu trabalho lógico se divide em duas questões fundamentais: uma questão de fato e uma questão de direito.

A questão de fato nada mais é do que a reconstrução histórica dos fatos da lide, Por exemplo: O autor afirma

que foi atropelado por um auto na esquina da rua Senador Feijó, e que isso aconteceu, porque o carro não seguia a mão direita. Deste fato podem resultar consequências jurídicas muito sérias. O juiz deve em primeiro lugar verificar si os fatos foram justamente esses: si, de fato, o auto n.º, passando à contra-mão pela esquina da rua Senador Feijó, às horas do dia, atropelou Fulano de tal (autor); deve recolher os depoimentos das testemunhas, e com todos estes elementos formará uma opinião. E' o trabalho de reconstrução histórica dos fatos, que são examinados em todos os seus pormenores.

Confirmada a veracidade dos fatos, começa a segunda parte do trabalho do juiz, que é a questão de direito, isto é, estabelecer de acordo com todas as leis vigentes qual a consequência jurídica decorrente desses fatos. Esse trabalho, que se refere à questão de direito, implica evidentemente na interpretação exata das leis e na exata aplicação do princípio jurídico estabelecido pelas leis aos fatos que em concreto se verificaram. Todo esse trabalho lógico do juiz forma, em última instância, um silogismo.

Que é silogismo? E' uma figura lógica fundamental para o raciocínio, e consiste em estabelecer duas premissas, uma maior e outra menor, e delas tirar uma conclusão. O exemplo mais conhecido é o seguinte:

Todos os homens são mortais.

Ora, Fulano é homem.

Logo, Fulano é mortal.

Outro exemplo, de aplicação geograficamente um pouco mais restrita, seria o seguinte:

(Pr. maior) — Nas grandes cidades o tráfego se torna difícil.

(Pr. menor) — São Paulo é uma grande cidade.

(Conclusão) — Aquí em São Paulo o tráfego urbano é assunto difícil.

Pois bem, o juiz fará exatamente isso. O autor diz que é proprietário de um imóvel, que o réu possui sem direito, e pede então a entrega desse imóvel. O juiz examina os fatos, verifica que as afirmações do autor são verdadeiras, e condena o réu a entregar a coisa reivindicada. Qual o caminho lógico desse raciocínio?

A lei estabelece o seguinte:

- (pr. maior) — Quem possui uma coisa que não lhe pertence deve entregá-la ao legítimo proprietário.
- (pr. menor) — Fulano, autor, é o legítimo proprietário do imóvel que o réu detém.
- (conclusão) — O réu é condenado a devolver a coisa que possui a Fulano, seu legítimo proprietário.

A premissa maior contém uma regra de direito de caráter geral. A premissa menor contém uma definição da situação jurídica do caso concreto. A conclusão é a aplicação da premissa maior, isto é, da regra jurídica à premissa menor, isto é, ao caso concreto, e as consequências que dessa aplicação decorrem.

Nem sempre o caso se apresenta tão simples, a ponto de resultar a decisão de um único silogismo. Muitas vezes a decisão se decompõe em vários silogismos, em silogismos sucessivos, mas em última instância, por assim dizer, sempre o raciocínio do juiz se reduz a um silogismo como o que estudamos.

O processo contém, além da lide principal, uma lide accessória que se refere às custas do processo. O art. 283 diz:

ART. 283 — “A sentença decidirá quanto ao onus das custas, ainda que não conste da petição inicial o pedido de pagamento.”

A sentença, além de decidir a lide de que falamos até agora, deve decidir uma lide por assim dizer accessória,

que é constituída pelo problema do onus das custas do processo, para atribuir este onus a uma ou a outra parte, ou eventualmente a ambas, de acordo com princípios que vamos estudar oportunamente. Essa lide accessória escapa à regra de que o juiz pode só decidir sobre pedidos das partes. Essa é por assim dizer uma lide necessária. A lei expressamente declara que o juiz deve decidir sobre esse assunto, independentemente de existir ou não pedido das partes a respeito da condenação nas custas.

Os arts. 59 e seguintes do Código de Processo estabelecem as regras gerais sobre o onus das custas, assunto que será desenvolvido na parte final do nosso curso.

Estudado o conteúdo da decisão do juiz, passemos agora a vêr qual a forma dessa decisão.

As disposições expressas do art. 280 do Código reproduzem materialmente os vários elementos de que se compõe a decisão.

ART. 280 — “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà:

- I. O relatório.
- II. Os fundamentos de fato e de direito.
- III. A decisão.

Parágrafo único — O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.”

O relatório da decisão, mencionando o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos, indica alguma coisa muito importante, isto é, identifica a ação.

Natureza da sentença

Para definir a natureza jurídica da sentença devemos esclarecer se ela é um ato da inteligência ou da vontade do juiz.

Afirma uma corrente da doutrina que o juiz só deve examinar as circunstâncias da causa e verificar se elas integram a hipótese prevista pela lei em suas disposições. Desse exame resultaria se se aplica ao caso concreto a regra legal abstrata. Com essa constatação terminaria a tarefa do juiz. A sua atividade seria, portanto, simplesmente lógica e redundaria num puro ato intelectual.

Não há dúvida que o juiz deve fazer esse trabalho de pesquisa da verdade e de investigação da regra de direito que se aplica ao caso e que, assim, uma grande parte de sua atividade no processo tem natureza puramente lógica. Contudo, parece mais exata a opinião daqueles que sustentam que a sentença representa ao mesmo tempo um ato da inteligência e também da vontade do juiz: é um ato da inteligência que se conclue com um ato da vontade. Com efeito, o juiz não se limita a verificar quais consequências decorrem de acordo com a lei dos fatos que se provaram no processo como verdadeiros; depois de conseguido esse resultado, ele *julga, decide* a controvérsia, isto é, ordena, determina que tenham lugar essas consequências. A sentença tem assim o efeito de um imperativo, de um *comando* que deve ser obedecido e cumprido, e é justamente isto que se quer dizer ao falar de um “ato de vontade.”

E’ verdade que a lei já contém um imperativo e que o juiz nada pode dispor que não esteja de acordo com a lei. Mas o imperativo legal é abstrato e geral, ao passo que o imperativo contido na sentença é concreto e especial e se refere diretamente ao caso decidido. A função do juiz consiste propriamente nesta especialização da regra legal abstrata, na formulação do preceito concreto que resolve a controvérsia submetida a seu julgamento.

Isto não quer dizer, porém, que o juiz venha a criar com sua sentença o direito para o caso concreto. A função do juiz, em regra, é declarativa, não constitutiva. Ele verifica, constata, declara a existência de uma relação de di-

reito pre-existente. O processo é feito para realizar o direito, não para modificá-lo. Por exemplo: quando o juiz condena o devedor a devolver a importância devida, não se deve crer que é da sentença que nasce a obrigação do devedor. Esta existia também antes, pois se originou do fato constitutivo da relação obrigacional, isto é, conforme o caso, do mútuo, ou do ato ilícito, e assim por diante. A sentença ao declará-la nada lhe acrescenta a não ser a certeza de sua existência, e eventualmente (quando é condenatória) a possibilidade de ser realizada coativamente por meio da execução. Importa observar neste ponto que o caráter declarativo do efeito produzido pela sentença não está em contradição com a sua força imperativa que há pouco lhe reconhecemos. Na verdade, o juiz repete em forma concreta, para o caso controverso, o imperativo abstrato já existente na lei e que por motivos vários não tinha recebido obediência pelas partes. Já sabemos, por outro lado, que existe uma categoria de sentenças que não são meramente declarativas e que por isto mesmo recebem o nome de constitutivas. Por exemplo, quando o juiz anula um contrato viciado por erro, além de constatar a existência da relação contratual e a existência do erro, tira destas circunstâncias as consequências legais, anulando o contrato e modificando assim (como veremos melhor mais adiante) a situação jurídica existente. Mas estes casos são pouco numerosos e em regra a natureza da sentença é meramente declarativa.

Vamos estudar por último si a atividade do juiz é juridicamente vinculada, ou discricionária.

Na grande maioria dos casos a lei prevê exatamente quais devem ser as consequências dos fatos previstos na norma. Si os fatos se verificam o juiz sabe exatamente o que deve prescrever como consequência. Mas ha alguns casos em que a lei não prevê exatamente as consequências dos fatos, ou a medida exata dessas consequências.

Na sociedade dominada pelos princípios da doutrina liberal quasi que não havia esses casos de poder discricionário, porque de acordo com essa doutrina as relações entre as pessoas deviam estar exatamente disciplinadas pelas leis, de forma abstrata e geral, e o juiz outra coisa não devia fazer senão aplicar essas leis. Mas hoje em dia estamos vivendo uma época em que cada vez mais nos afastamos dessa sociedade disciplinada pela doutrina liberal. Em todo o mundo vai crescendo a intervenção dos poderes públicos na regulamentação das relações da vida social, exige-se a intervenção do poder público em casos que é impossível à lei prever a forma exata dessas relações. Daí a necessidade de a lei atribuir ao juiz o poder de intervir nessas relações, dando-lhes a regulamentação conveniente.

Num mundo liberal seria impossível pensar-se num juiz que pretendesse estabelecer qual seja, num caso concreto, o justo preço de uma mercadoria, ou de uma atividade pessoal, por exemplo, o salário justo, porque tanto o preço quanto o salário, de acordo com as regras da economia liberal são fixados pelo livre jogo da procura e da oferta, e nada poderia o juiz fazer para estabelecer este preço ou este salário justo. Mas cada dia mais em todo o mundo se exige do poder público essa intervenção nas relações individuais e coletivas, com o intento de dar a essas relações um conteúdo mais justo, não simplesmente aquele resultante do livre jogo das forças econômicas, mas sim para dar a essas relações um conteúdo mais rico em defesa, por ex., ao mais fraco, economicamente, dos contratantes, como é em geral o trabalhador em face do empregador.

Portanto, surgindo esses vários conceitos, do justo salário, do justo preço, conceitos que o legislador não pode prever e estabelecer em abstrato nas suas normas, passou-se a atribuir ao juiz o poder de fixar, caso por caso, de acordo com as circunstâncias, em cada caso diferentes, qual

a medida a ser estabelecida, qual o conteúdo a ser dado a certas relações. Nestes casos, que ainda são poucos, mas que já aparecem com mais frequência que antigamente, o juiz recebe um poder discricionário, que ele exerce ao decidir a controvérsia e ao dar a sua decisão conteúdo que não se pode dizer seja a simples aplicação da regra dada pelas leis. O caso mais importante de poder discricionário do juiz, previsto no Código Civil, é o caso dos alimentos.

ART. 400 — “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

E’ evidente que nenhuma lei poderia prever em abstrato, em geral, qual a medida justa dos alimentos a ser prestados por alguém a favor de outrem. E’ preciso considerar quais os recursos do obrigado, quais as necessidades daquele que recebe os alimentos. Não há outra solução possível senão esta de atribuir ao juiz o poder de examinar os elementos em cada caso determinado e conceder o que lhe parecer justo.

Mas este poder do juiz nos casos de atividade discricionária será arbitrário? Poderá o juiz fixar essa medida sem limites?

Evidentemente, não. Nesses casos ele nada mais é do que o intérprete da consciência geral do povo, da consciência social. Há regras jurídicas que receberam a forma de lei positiva e que se encontram em leis nos códigos. Existe, na generalidade da gente que vive num país, num tempo determinado, um conjunto de opiniões e critérios sobre o justo e o injusto, que o juiz nestes casos de atividade discricionária deve buscar e aplicar. E’ isto que quer dizer o artigo 114 do Código de Processo, quando preceitua:

ART. 114 — “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará o norma que estabelecerá se fosse legislador.”

Este artigo deveria lembrar aos srs. uma disposição muito conhecida de um direito estrangeiro. É o art. 1.º do Código Suíço das Obrigações, que estabelece que nos casos de lacuna da lei, o juiz deve decidir como si fosse legislador. Este critério é o mesmo do artigo 114 do código brasileiro, mas os casos em que se recorre a esse critério são diferentes na lei suíça e na lei brasileira.

A lei suíça atribue esse poder ao juiz *sempre que haja lacunas*, sempre que a lei não tenha disposição expressa sobre o caso, o que na verdade é bastante frequente, porque os códigos, por grandes que sejam, por muitas disposições que contenham, nunca podem prever todas as hipóteses que se apresentam na vida.

De acordo com a lei brasileira, não havendo dispositivo legal, temos a analogia e os princípios gerais do direito. O juiz brasileiro deve, em primeiro lugar, vêr si há disposição expressa; se não existe, deve recorrer à analogia; e sendo esta insuficiente, recorrer aos princípios gerais do direito, o que ainda vincula o juiz ao sistema legislativo do país.

Como se vê, o juiz suíço é mais livre e independente do direito escrito do que o juiz brasileiro. Esse poder quasi legislativo do juiz se admite no Brasil unicamente nos casos em que a própria lei lhe atribue o poder de decidir por equidade, isto é, com atividade discricionária.

Neste ponto surge uma questão teórica bastante interessante. Si o juiz decide o caso como o decidiria si fosse legislador, num “espaço vazio de direito”, isto é, quando não há regras a aplicar o juiz parece exercitar mais uma atividade legislativa que propriamente jurisdicional. Si em regra o Poder Judiciário tem uma função de aplicar as regras gerais contidas nas leis aos casos concretos, quando a regra

geral não existe e ele é chamado a formular como regra nova e individual a regra para o caso concreto, há uma corrente da doutrina que sustenta que neste caso a sentença, embora emitida pelo Poder Judiciário, nas formas dos atos judiciários, na verdade, e em substância se apresenta como um ato legislativo.

Penso, porém, que tal afirmação não está certa, porque o caráter necessário e típico da atividade legislativa é a sua generalidade, a sua abstração. São regras de conteúdo legislativo aquelas que se apresentam como abstratas e gerais. Quando uma regra não é geral e abstrata e se refere a um caso concreto e específico, já não é uma regra legislativa. Tanto isto é verdade que, nos casos, sem dúvida excepcionais, mas existentes, em que o Poder Legislativo profere atos de conteúdo individual e concreto, a técnica do direito constitucional chama esses atos de “leis formais”, isto é, são atos que têm a forma de lei, mas não a substância de lei, justamente, porque são concretos e individuais. Portanto, isso confirma o caráter necessariamente abstrato e geral dos atos legislativos.

Quando o juiz decide de acordo com a equidade, aplicando o artigo 114 do Código de Processo, estabelecendo a regra para o caso concreto, que não tem eficácia para outro caso senão esse, esse ato não é legislativo, mas simplesmente judiciário como todos os atos do juiz.

Requisitos formais da sentença

A sentença deve em primeiro lugar identificar a lide que vai ser decidida. Deve em segundo lugar dar conta do trabalho lógico feito pelo juiz para examinar a causa. Deve em terceiro lugar conter a decisão. Temos assim as três partes de que se compõe a sentença como ato escrito.

ART. 280 — “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:

- I. O relatório.
- II. Os fundamentos de fato e de direito.
- III. A decisão.

Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos.”

O relatório de acordo com a disposição do parágrafo único indica quais são as partes, o pedido e os fundamentos do pedido. Esses são os três elementos que de acordo com o que já sabemos servem para identificar a lide.

Esses elementos são necessários, pois é claro que tem a maior importância saber exatamente a que lide se refere a sentença. Ora, os elementos para identificar a lide que vai ser decidida, são: as partes, o pedido e a razão do pedido, a “causa petendi”. Tudo isso deve ser mencionado pelo juiz com a máxima clareza no relatório.

Depois o juiz deve dar os fundamentos de sua decisão, fundamentos que a lei define como sendo de fato e de direito. Já sabemos que as questões que ele deve decidir são algumas questões de fato, outras, questões de direito. Esses fundamentos que o juiz deve pôr na sentença são justamente a exposição de suas observações, de seus raciocínios pelos quais ele chega à conclusão. Esses fundamentos são também chamados “motivos” da sentença.

Por que razão exige a lei que o juiz fundamente a sentença? Não será suficiente que o juiz, indicando os elementos da lide, se limite a proferir a decisão?

As razões são várias. Em primeiro lugar, a sentença não é um ato de imposição de uma vontade autoritária. É um ato de justiça, e a lei quer que o juiz procure convencer as partes da justiça de sua decisão. E não só as par-

tes, mas também a opinião pública. O juiz deve justificar, em face das partes e em face da opinião pública, a razão pela qual decidiu de um modo ou de outro.

Em segundo lugar, a obrigação de expôr os fundamentos de sua decisão é também um modo de obrigá-lo a decidir cuidadosamente, levando em consideração todos os elementos da instrutória e todas as razões jurídicas pertinentes ao caso.

Em terceiro lugar, a exposição dos motivos da decisão é necessária para permitir o novo exame da causa no caso de haver recurso.

A terceira parte da sentença é a decisão, que se costuma chamar também de *dispositivo da sentença* ou parte dispositiva. É a parte final da sentença na qual o juiz resume brevemente e com a máxima clareza os termos de sua decisão.

A doutrina distingue entre dispositivo formulado diretamente e indiretamente. O *dispositivo direto* decide diretamente, indica com suas palavras o resultado do processo. Por exemplo, si o juiz declara: “Condeno o réu a devolver ao autor a importância que recebeu.” A parte dispositiva da sentença tem forma *indireta* quando, sem expressar diretamente o resultado, ou melhor imediatamente o seu resultado, se refere ao pedido do autor para declará-lo procedente ou improcedente.

Praticamente as duas formas têm a mesma consequência; a forma indireta, porém, é mais frequente. O juiz, em lugar de afirmar diretamente o que resolveu, se limita a declarar procedente o pedido, de modo que para se saber o resultado do processo é preciso remontar sempre ao pedido formulado pelo autor na petição inicial. Aplicando o que dissemos uma vez sobre a natureza da sentença, que ela é ao mesmo tempo um ato de inteligência e um ato de vontade, podemos dizer, aproximadamente, que os fundamentos correspondem ao ato de inteligência do juiz, e a parte dispositiva ao ato de vontade. Contudo, é importante

não dar a essa separação das várias partes da sentença uma importância absoluta. Não se deve pensar que só na parte dispositiva é que se contém sempre a decisão da causa, porque os fundamentos e o relatório são necessários para interpretar exatamente o sentido da decisão. Frequentemente é nos fundamentos que se contém alguns elementos da decisão, que não se acham depois repetidos na parte dispositiva.

Quer dizer, portanto, que a distinção entre estas várias partes da sentença deve ser entendida com um pouco de inteligência. Pode bem acontecer que nos fundamentos se encontre um ato decisório e dele devemos tomar conhecimento como se fosse contido na parte dispositiva.

Os efeitos da sentença. O efeito declaratório

Passamos agora a estudar um assunto da maior importância: os efeitos da sentença.

É claro que os efeitos da sentença podem ser vários, de acordo com a espécie de ação que foi proposta e de acordo com as várias modalidades de cada caso prático. Para estudar de forma geral estes efeitos das sentenças é preciso que procuremos algumas formas típicas dos possíveis efeitos da sentença para nelas incluir os vários efeitos que se podem produzir.

A teoria nos dá uma classificação destes efeitos da sentença, considerando o efeito que a sentença é destinada a produzir sobre a relação jurídica que foi objeto do processo, e deste ponto de vista os efeitos possíveis da sentença são três, e correspondem, como não podia deixar de ser, às três categorias das ações. Por conseguinte os efeitos da sentença podem ser: declaratórios, constitutivos e condenatórios.

Vamos examinar brevemente estes vários efeitos possíveis procurando evitar repetição daquilo que foi dado no ano passado a propósito da classificação das ações. Come-

remos pelo efeito declaratório da sentença, que consiste em estabelecer a certeza jurídica sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou excepcionalmente de um fato jurídico.

O art. 2.º do Código de Processo afirma que para propôr ou contestar a ação há necessidade de legítimo interesse econômico ou moral, e o parágrafo único acrescenta: “O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.” Neste parágrafo único encontramos a definição do efeito declaratório da sentença.

A sentença sempre, em todos os casos tem este primeiro efeito: de declarar si existe ou não a relação jurídica sobre a qual as partes controvertem, excepcionalmente, si existe ou não esse fato que é a autenticidade ou a falsidade de documentos. Normalmente a existência de simples fatos não pode ser matéria de controvérsia a ser submetida ao julgamento dos tribunais; por isso digo que, normalmente, a declaração contida na sentença se refere à existência ou inexistência de uma relação jurídica, mas a lei excepcionalmente, permite também obter a declaração pelo juiz da existência ou inexistência da autenticidade ou falsidade de documentos, à vista das importantes consequências jurídicas que dessa declaração possam decorrer.

Ficou, portanto, provado que o efeito declaratório é constante nas sentenças. Todas elas têm esse efeito declaratório.

Pode acontecer que ele esteja sosinho; teremos nesse caso a sentença meramente declaratória. A possibilidade de uma ação tendente à obtenção de uma sentença meramente declaratória se funda neste parágrafo único do art. 2.º do Código de Processo. Na maioria dos casos, porém, o efeito declaratório se acompanha de outros efeitos, que são aqueles que iremos logo estudar: os efeitos condenatório e constitutivo.

Efeito puramente declaratório têm todas as sentenças que declaram a improcedência da ação proposta, porque a declaração da improcedência da ação proposta pelo autor significa ao mesmo tempo declaração da inexistência da relação jurídica que o autor afirmava como fundamento da sua ação. Assim, si o autor propõe uma ação para cobrar um crédito de Cr.\$ 500,00 e o juiz declara improcedente essa ação, qual será o efeito dessa sentença? Será um efeito puramente declaratório, isto é, a afirmação da inexistência desse crédito, da inexistência da relação jurídica creditória que o autor afirmou existir. Será uma sentença meramente declaratória, e o seu efeito pura e simplesmente declaratório.

Qual será o resultado prático conseguido pelas partes com a prolação de uma sentença que tem unicamente o efeito declaratório? Será possível, com fundamento nessa sentença, obter uma execução forçada?

Diz o art. 290:

“Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.”

Portanto, sentença que tem efeito puramente declaratório não pode dar lugar a execução alguma, mais do que isso, a definição do efeito declaratório é justamente a de não poder a sentença que tem este efeito conseguir nenhuma forma de execução forçada. O efeito declaratório consiste em declarar a inexistência ou existência dessa relação jurídica controvertida para dar certeza sobre essa inexistência ou existência, e nada mais.

Qual será o sentido desta frase contida no art. 290: a sentença que passar em julgado *valerá como preceito*?

Essa frase pode dar lugar à dúvida, mas posta em relação a todo o artigo, em relação ao conceito mesmo de

ação com sentença declaratória, devemos dizer que a sentença declaratória tem um efeito puramente normativo, isto é, indica exatamente qual é a situação jurídica entre as partes, sem introduzir nessa situação jurídica nenhuma modificação a não ser a de produzir a certeza. Depois da sentença sabemos exatamente quais são os direitos e os deveres existentes entre as partes, direitos e deveres, porém, que já existiam antes de ser prolatada a sentença, antes da propositura da ação.

Por definição, o efeito declaratório que têm todas as sentenças, seja como único efeito, seja como um dos seus efeitos, se limita a esclarecer, a declarar, por assim dizer, a pôr a limpo a situação jurídica existente entre as partes sem modificá-la de nenhum modo, declarando a situação preexistente, eliminando todas as dúvidas a respeito da existência, modalidades, ou inexistências de uma relação jurídica, ou excepcionalmente de um fato jurídico.

Si a relação jurídica declarada é tal, que dela nasce um direito a obter uma prestação de outra pessoa, para poder fazer a execução forçada e conseguir a satisfação desse direito, a sentença declaratória não é suficiente, de acordo com o disposto no art. 290. Essa sentença só pode ser utilizada como fundamento de uma nova ação, para a prolação de uma nova sentença, a qual terá efeitos condenatórios, e só essa sentença permitirá fazer a execução forçada.

Essa limitação das consequências práticas no efeito declaratório não deve levar a pensar que esse efeito seja sem importância, antes, pelo contrário, pois, saber quais os nossos deveres e quais as nossas obrigações é assunto de máxima importância. Às vezes pode ser de grande interesse para o autor conhecer exatamente quais os seus direitos e quais as suas obrigações. Neste caso teremos uma ação e uma sentença meramente declaratória.

Quando o interesse do autor não se limita a esse efeito meramente declaratório, a ação que ele propõe será condenatória ou constitutiva, mas mesmo nestes casos a base

dos efeitos ulteriores que a sentença produzirá é sempre o efeito declaratório. Este efeito declaratório é constante, está sempre presente em todas as sentenças que decidem a lide. Por vezes se encontra sosinho; por vezes constitue a base de ulteriores efeitos como vamos estudar na próxima aula.

Efeito condenatório

Começamos a examinar particularmente os efeitos da sentença. Na última aula estudamos precisamente o efeito declaratório, insistindo sobre este ponto de que todas as sentenças têm conteúdo e efeito declaratório, ao passo que os outros efeitos que pode ter uma sentença são possíveis, mas não necessários como o efeito declaratório. Quer dizer que toda sentença definitiva tem efeito declaratório. Algumas delas têm unicamente o efeito declaratório; outras, que podemos dizer a maioria, têm além do efeito declaratório outros efeitos e é justamente destes outros efeitos possíveis que vamos falar hoje. Estes outros efeitos são os seguintes: condenatório e constitutivo.

Cada um deles pode acompanhar o efeito declaratório, portanto, examinando as sentenças em geral, podemos dizer que elas ou são meramente declaratórias, quando têm só este efeito, ou são condenatórias, quando além deste efeito têm o condenatório, ou poderão ser constitutivas, quando além do efeito declaratório têm o constitutivo. Temos, pois, que examinar agora com cuidado em que consistem estes dois efeitos — condenatório e constitutivo — que podem acompanhar o efeito declaratório da sentença.

Já tivemos oportunidade de lêr o art. 290 do Código de Processo Civil. Seu texto é o seguinte:

ART. 290 — “Na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória.”

Este artigo é suficiente para pôr em evidência qual a diferença entre efeito declaratório e condenatório. O efeito condenatório difere do declaratório, porque consiste em permitir a execução. Agora isto dá uma idéia geral do que é efeito condenatório, e precisamos ver como se produz este efeito.

É a decisão do juiz que tem este efeito condenatório. O juiz usa a palavra *condeno*, geralmente, mas o que quer dizer? A primeira idéia que vem é de que o juiz ordena ao réu de fazer alguma coisa. Esta é a opinião mais d'fundida entre os escritores, entretanto, não acho certa a definição de condenação como sendo uma ordem ao réu de fazer alguma coisa, isto porque a simples declaração de uma obrigação já contém a ordem da lei de cumprir esta obrigação.

Si o conteúdo da relação jurídica litigiosa é uma obrigação e o juiz declara a existência desta obrigação, disto surge para o réu imediatamente a necessidade, de acordo com a lei, de cumprir esta obrigação, não precisa de condenação. Então surgiu uma outra opinião, segundo a qual não há, na verdade, uma diferença essencial entre declaração e condenação; a diferença está no *objeto*. Quando o objeto é um ato ilícito então a declaração é condenação; quando o objeto é qualquer outro a declaração é simplesmente declaração, e isto, porque a simples declaração de um ato ilícito traz consigo a consequência em que consiste a condenação.

Também esta opinião é errada, porque, a meu vêr, não há dúvida que o juiz, além de constatar a situação jurídica entre as partes, condena, faz em verdade duas operações — declara e condena. É algo mais que vem juntar-se à simples declaração. Que é este algo mais que vem juntar-se à simples declaração?

Além dessa primeira objeção, temos em segundo lugar o artigo 290, que nos indica que sobre a mesma relação jurídica pode haver tanto declaração como condenação. Por exemplo, a propósito de qualquer ato ilícito que dá lugar a

uma obrigação do réu a lei admite haver sido proposta simples ação declaratória, e dispõe que esta sentença não é suficiente para fazer a execução, isto é, precisa pleitear uma sentença condenatória, que contém alguma coisa a mais que a simples declaração da existência da obrigação. E essa coisa a mais é que produz o efeito característico da sentença condenatória, consistente em preparar e permitir a execução. Para entender como isso se dá é preciso considerar qual é o mecanismo da realização coativa do Direito.

O Direito é constituído de um grande número de imperativos, preceitos que ordenam as pessoas em certas circunstâncias a fazer ou não fazer alguma coisa. Si estes imperativos não forem cumpridos, há na lei, pelo seu caráter coativo, uma sanção. No Direito Privado a sanção para os imperativos da lei é a execução, portanto, condenação significa a aplicação para o caso concreto da sanção prevista pela lei, isto é, determinação, especificação da sanção.

Surge da condenação uma nova revelação jurídica de caráter processual que confere ao autor uma nova ação, a ação executória, que dá à ordem judiciária um novo poder, o de fazer execução, que impõe ao réu a necessidade de sofrer a execução forçada sobre seus bens para o cumprimento da obrigação. Chegamos, pois, à conclusão de que o efeito condenatório é, em certo sentido, efeito constitutivo.

Sabemos que o Direito se divide em material e processual. Pelo que se refere ao direito material, a condenação nada mais é que declaração, e declaração da existência de uma obrigação; mas pelo direito processual a condenação tem efeito constitutivo o qual consiste em criar uma situação que no conceito vulgar é chamada *execução aparelhada*, situação jurídica processual que consiste no poder do órgão judiciário de fazer a execução, no direito da parte de pedir a execução e na sujeição do réu à execução. Por isso a sentença que contém o efeito condenatório, e que se chama comumente sentença condenatória, tem este característico especial de constituir título executório.

Uma sentença que declara ser improcedente uma ação condenatória, que sentença será? É uma sentença declaratória. Declara a relação jurídica do autor inexistente.

Como saberá o juiz, em caso de achar procedente o pedido do autor, si deve pronunciar uma sentença declaratória ou condenatória? — Pelo teôr da petição inicial.

Quem escolhe si a sentença que o juiz vai pronunciar deverá ser declaratória ou condenatória? — E' o autor, que pede uma coisa ou outra.

Pode-se dizer, que o maior número de pedidos que fazem as partes é de condenação, mas não todos, porque pode haver um pedido de simples declaração. Sem dúvida, na vida diária a maior parte de pedidos das partes é condenação. Acontece que em todas as sentenças, para ser mais exato, em quasi todas as sentenças, mesmo que não sejam condenatórias há também uma condenação às custas. Já dissemos uma vez que em todo processo, qualquer que seja o objeto, há uma lide accessória, que se refere às custas do próprio processo. Já vimos no art. 283 que a sentença decidirá quanto às custas ainda que não conste da petição inicial o pedido de pagamento. Esta lide accessória tem esta especialidade de surgir independentemente de pedido, contrariamente à regra geral.

O art. 281 do Código contém uma regra simples que não precisa especial comentário.

Art. 281 — “A condenação será em coisa ou quantia certa, podendo, todavia, ser alternativa, quando o fôr o pedido.”

A condenação deve implicar na quantia da obrigação correspondente à execução, mas o parágrafo único permite que a fixação da quantia possa ficar dependendo da liquidação que será feita em procedimento especial.

Mais um assunto sobre a condenação é o seguinte: Em geral, para que se possa pedir a condenação, é preciso uma situação seguinte: a existência de uma obrigação e o não

cumprimento desta obrigação. Este é um assunto que estudámos o ano passado, ao ver em que consistia o interesse de agir no processo condenatório. Há casos em que se pode pedir a condenação antes que finde o prazo para cumprimento da obrigação, antes que se saiba se o devedor cumprirá essa obrigação. Como?

São casos excepcionais, são aqueles em que o devedor de obrigação, de prestação periódica, não cumpriu uma ou algumas dessas prestações e há todas as razões para supor que não cumprirá as seguintes. Então a lei permite um processo todo de uma vez para pagamento da prestação vencida e das que se vencerão enquanto subsistir a obrigação.

Art. 153 § 2.º — “Quando o pedido compreender frutos, rendas ou outras prestações periódicas, nele se incluirão, além das prestações vencidas, as que se vencerem enquanto subsistir a obrigação.”

Neste caso o juiz poderá condenar para a prestação vencida e as que vão se vencer. Para estes o que ele profere é a condenação para o futuro. À medida que se vencem as prestações a sentença se torna título executório para cada uma delas.

Efeito constitutivo

Passemos a estudar o efeito constitutivo.

Qual a diferença entre efeito declaratório e constitutivo? Cria-se, modificar-se ou extingue-se a relação pelo efeito constitutivo. O juiz além de declarar e constatar qual a situação jurídica existente entre as partes pode, em alguns casos, também modificar essa situação jurídica, criando, modificando, ou extinguindo uma relação jurídica.

Vejam os casos de nulidade de um ato jurídico: “Quando pra-

ticado por pessoa incapaz, etc.” O art. 146 explica as nulidades do artigo antecedente, dizendo que podem ser alegadas por qualquer interessado, etc. Depois temos o art. 147 que indica os casos de anulabilidade por incapacidade relativa do agente, por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. O art. 152 explica que as nulidades do artigo 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença.

Vemos então que pode haver ato nulo e ato anulável. Pode surgir controvérsia tanto para um como para outro. O juiz pode ser chamado a decidir esta controvérsia, mas se é nulo o ato o juiz nada mais faz que constatar que o ato nunca existiu, tem simples aparência, e isto é o que ele declara, Si o ato é simplesmente anulável (isto quer dizer, embora viciado, tinha existência jurídica), o juiz constata a existência do vício e anula o ato.

No caso da sentença declaratória nada de novo há, não a certeza sobre a nulidade. Não sabemos si era nulo ou não o ato. Na sentença constitutiva há uma coisa nova: antes existia o ato, agora não, a causa da anulação do ato é a sentença.

Para vêr bem esta espécie de efeito que a sentença pode ter, examinemos alguns casos. Vimos o do ato anulável, mas há muitos mais. A lei está cheia de casos em que a modificação não se opera “*ipso jure*”, com o simples aparecimento dos fatos previstos pela lei; a modificação deve ser pronunciada pelo juiz. Por exemplo, artigos 209 e 212 do Código Civil sobre anulação de casamento. Nestes casos há anulações por coação e por falta de consentimento: antes da sentença o casamento existe, é a sentença que o vai anular. Assim o desquite judicial (art. 315): é a sentença que produz este efeito característico. Interdição (art. 473). Rescisão de contrato (artigo 1092, § único). No processo temos a ação rescisória (art. 798 do Código de Processo Civil). Há casos taxativamente indicados pela lei nos quais a sentença passada em julgado pode ser rescindida; são casos de extrema gravidade. Ainda, a homo-

logação de sentença estrangeira (art. 785). Para poder executar uma sentença estrangeira deve ela ser homologada pela autoridade judiciária no Brasil. A homologação consiste em atribuir à sentença estrangeira eficácia no interior do Brasil. E' um efeito constitutivo.

Se o autor pediu, suponhamos, sentença constitutiva e o juiz declara improcedente a ação, que sentença será essa? Declaratória.

* * *

Nas últimas aulas estudámos os efeitos da sentença, e indicámos como efeitos: o declaratório, o constitutivo e o condenatório. Conforme o conteúdo da sentença terá ela um ou mais desses efeitos, e conforme o efeito que ela produz a sentença será declaratória, constitutiva, ou condenatória. Podemos agora completar a classificação geral das decisões que fizemos no início do curso.

Classificámos as decisões em finais e interlocutórias. As finais se sub-dividem em terminativas e definitivas. As definitivas merecem estritamente o nome de *sentença*, e estas sentenças por sua vez se sub-dividem em: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Assim temos o quadro completo das decisões do juiz.

Esses efeitos, de que vimos tratando ultimamente, chamam-se *efeitos principais da sentença*, em oposição a outros efeitos que estudaremos hoje, e que recebem o nome de efeitos secundários da sentença.

Efeitos secundários da sentença *

Não se deve crer que os efeitos secundários se chamem assim, porque sejam menos importantes que os efeitos principais. Talvez o sejam, mas o nome não é uma consequên-

(*) Cfr. o livro do autor *Eficácia e autoridade da sentença*, Trad. de A. Buzaid e B. Aires, Ed. da Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945, pag. 61 e seg.

cia de maior ou menor importância dos efeitos. O nome decorre do caráter accessório dos efeitos secundários, da sua falta de autonomia, no sentido que vamos explicar.

Os efeitos principais têm cada um as suas próprias condições, que o juiz deve verificar existentes no caso concreto para poder produzi-lo. Para que o juiz possa condenar o réu devem existir determinadas condições, que já estudámos convenientemente, e em consequência das quais o juiz pode condenar o réu. Sem essas condições não poderá condenar. O mesmo se pode dizer para os outros efeitos principais. Cada um deles tem as suas condições particulares, peculiares.

O contrário, porém, se dá com os efeitos secundários. Eles não têm condições próprias, produzem-se por vontade expressa da lei, quando a sentença produz alguns dos efeitos principais. Eles se seguem imediatamente, automaticamente, por força da lei, porque a sentença produziu um dos efeitos principais. Consequentemente, esses efeitos secundários não constituem objeto de pedido especial da parte, nem objeto especial de pronunciamento do juiz. Nem a parte precisa pedir um destes efeitos, nem o juiz precisa expressamente declarar que ele se produza. A lei estabelece que em certos casos uma sentença, pelo fato de ser proferida, produza além do seu efeito principal, que a caracteriza, também um desses efeitos secundários. Os exemplos que daremos a seguir, de efeitos secundários, evidenciarão o caráter de falta de autonomia destes efeitos.

Efeito secundário da sentença é, por exemplo, a hipoteca judiciária, prevista no art. 284 do Código de Processo Civil:

Art. 284 — “Quando, em virtude de sentença, recair sobre os bens do condenado hipoteca judiciária, a respectiva inscrição será ordenada pelo juiz, mediante mandato, na forma da lei civil.”

A lei estabelece que a sentença condenatória produza a favor do credor de quantia certa uma hipoteca especial sobre os bens imoveis do condenado. (Hipoteca que é submetida à formalidade da inscrição para especificação — sobre bens determinados — para assegurar melhor a satisfação do débito pelo qual o réu foi condenado. Note-se, porém, que a hipoteca judiciária é uma hipoteca diferente das outras: dá ao credor o direito de sequela, não lhe dá, porém, o direito de preferência.) Essa hipoteca judiciária não é o efeito principal da sentença, é um efeito secundário. Por essa razão não é o autor que deve pedir seja constituída a hipoteca judiciária, nem é o juiz quem deve expressamente declarar na sentença que a hipoteca judiciária é constituída a favor do autor vencedor, mas o simples fato de haver uma sentença condenatória produz por força da lei esse efeito ulterior de poder o autor inscrever hipoteca judiciária sobre os bens imoveis do condenado. Não poderia o juiz condenar o réu e negar a hipoteca judiciária, assim como não poderia constituir a hipoteca judiciária e absolvê-lo. A hipoteca judiciária acompanha sempre, automaticamente, por vontade da lei o efeito condenatório, sem ter condições próprias, sem poder ser separada do seu efeito principal.

Outro exemplo: dissolução da comunhão de bens dos cônjuges por efeito da sentença que anulou o casamento ou que declarou o desquite (art. 267, ns. II e III do Código Civil). O código, dispondo sobre a comunhão universal de bens no casamento, estabelece no

Art. 267 — “Dissolve-se a comunhão:

- II. Pela sentença que anula o casamento.
- III. Pelo desquite.”

Não é que o juiz ao anular o casamento também declare dissolvida a comunhão de bens entre os cônjuges. Esse efeito se produz imediatamente, por força de lei, como con-

sequência da anulação de casamento. O mesmo se diga para o caso de desquite.

Um outro exemplo: perempção do direito de demandar em consequência de três absolvições da instância, Diz o art. 204 do Código de Processo:

Art. 204 — “Si o autor der causa a três (3) absolvições, por qualquer dos motivos previstos no artigo 201, ficará perempto o seu direito de demandar o réu sobre o mesmo objeto.”

Que é absolvição da instância? E' um modo de terminar o processo sem julgamento do mérito por efeito de uma das circunstâncias indicadas no art. 201 do Código de Processo. O autor pode reproduzir a sua demanda num novo processo, porém, si o faz três vezes, e deixa ocorrer uma dessas circunstâncias pelas quais há lugar a absolvição da instância, a lei considera essa atitude como vexatória e pune o autor, fazendo perimir seu direito de ação, nos termos do já citado art. 204. Não é que neste caso o juiz, além de absolver da instância o réu, declare também que está perempto o direito do autor. Ele absolve apenas o réu da instância, e por ser essa a terceira vez, automaticamente, o autor fica privado de seu direito de ação sobre o assunto, por vontade expressa da lei.

Ainda outro exemplo: o Código Civil diz no

Art. 324 — “A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido.”

Mais um exemplo encontramos no Código de Processo, no

Art. 1006 — “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.”

Que quer dizer “condenado a emitir declaração de vontade”? Assim como ha obrigações de dar, também ha obrigações de fazer alguma coisa, e entre estas podem existir as obrigações de declarar alguma coisa. Por exemplo: nos compromissos de compra e venda, que são o meio normal de fazer a transferência de imoveis, não há a declaração de comprar e a de vender, existe apenas o compromisso de comprar e de vender em momento sucessivo. Desse contrato surgem duas obrigações para as partes: para uma a obrigação de vender e para a outra a obrigação de comprar. Quer dizer que, quando vence o prazo, as partes estão obrigadas a emitir a declaração de vontade, que é, respectivamente, de comprar e de vender. Si uma das partes se arrepende, ou não quer mais vender, o juiz pode condenar a parte inadimplente a emitir essa declaração de vontade e como se trata de uma atitude que não pode ser substituída em forma de execução forçada, a lei admite que, condenada uma parte a emitir a declaração de vontade, a sentença mesma terá o efeito que haveria si a parte fizesse efetivamente a sua declaração.

Não é que o juiz se substitua à parte, pois que declarar a própria vontade é uma atitude que, em termos jurídicos, se pode chamar de infungível, não podendo, portanto, ser substituída por uma declaração de vontade de uma terceira pessoa; mas a lei, querendo assegurar o resultado final, estabeleceu que a sentença de condenação do réu a emitir declaração de vontade tenha os mesmos efeitos de declaração de vontade pessoalmente emitida pelo condenado. Este é um exemplo a mais de efeito secundário da sentença.

Provavelmente, percorrendo os códigos civil e comercial encontraríamos muitos outros efeitos secundários, estes, porém, são suficientes para dar uma idéia dos efeitos acessórios de alguns dos efeitos principais, estabelecidos pela lei como consequência natural, imediata e necessária da sentença pronunciada pelo juiz.

E aqui terminamos o nosso estudo sobre os efeitos das sentenças, passando a examinar um assunto de importância

relevante no nosso curso, porque constitui a teoria da coisa julgada. Preliminarmente, aviso aos srs. que o modo pelo qual vamos expor essa teoria é diferente daquele que se encontra na maioria dos livros existentes. Faz exceção, por exemplo, BAPTISTA MARTINS, que nos seus “Comentários ao Código de Processo Civil” — 3.º volume — preferiu percorrer o mesmo caminho nosso.

Vamos começar esse estudo com a explicação do conceito da eficácia natural da sentença. *

Eficácia natural da sentença

Eficácia é uma palavra usada em dois sentidos diferentes. Em um sentido *eficácia* é a aptidão de um ato de ter efeitos. Neste sentido usamos a palavra quando dizemos: “Este ato é eficaz, ou esse ato é ineficaz.” O ato é eficaz ou não conforme esteja certo ou não do ponto de vista da lei. Eficaz é o ato que foi praticado de acordo com o direito. Si houve algum defeito, dizemos que o ato é ineficaz.

Em um segundo sentido indicamos com a palavra *eficácia* o conjunto de efeitos de um ato jurídico. Usamos a palavra nesse sentido quando dizemos: “Esta sentença terá a eficácia seguinte: ..” “Esta sentença tem uma eficácia muito ampla”, etc.

Devemos agora examinar o conceito, o fundamento e a extensão da eficácia da sentença, que é o conceito básico da teoria da sentença e da coisa julgada.

A atividade do Estado está submetida ao direito, quer dizer, o Estado, assim como os particulares, deve conformar as suas atividades com as leis vigentes no país. Por conseguinte, só serão válidos e eficazes os atos do Estado conformes com o direito, emitidos na observância do direito vigente. Os atos legislativos, por exemplo, só são legais, só

(*) V. para o que segue o livro do autor *Eficácia e autoridade da sentença*, citado.

são válidos quando estiverem de acordo com a lei fundamental que regula a atividade legislativa, que é a Constituição. Por isso a lei vale enquanto fôr constitucional.

O mesmo se deve dizer dos atos administrativos. Eles só são válidos e eficazes quando emitidos na plena observância do direito vigente.

Idêntica afirmação se faça em relação aos atos jurisdicionais, terceira categoria dos atos do Estado. Também os atos jurisdicionais são válidos e eficazes enquanto proferidos com a observância das leis que os regulam. Uma sentença que o contrarie, ou que viole o direito que rege a atividade jurisdicional será uma sentença ineficaz, e no momento não podemos definir em que sentido esse defeito afeta as consequências desse ato.

Mas si em cada oportunidade que tivéssemos de fazer uso de um ato do Estado fosse necessário demonstrar a sua conformidade com a lei, seria praticamente muito longo e muito difícil esse processo de demonstração, sempre renovado, da conformidade do ato com o direito vigente. No caso das sentenças, por exemplo, para provar que ela foi emitida de acordo com a lei, que ela é portanto válida e substancialmente justa, seria necessário renovar a cada instante o processo inteiro que foi necessário para o seu pronunciamento, e isso seria um grave inconveniente na vida prática.

Por isso o direito, querendo afastar essa dificuldade, estabeleceu um princípio fundamental que rege toda a atividade jurídica do Estado, princípio da presunção geral de que os atos emitidos pelos órgãos estatais, tanto os legislativos como os administrativos e os jurisdicionais, estão de acordo com o direito vigente. É uma presunção não absoluta, mas existe como tal e, portanto, quem afirmar que é válido e eficaz um ato do Estado não tem a obrigação, nem o onus de demonstrar a sua conformidade com o direito, mas simplesmente deve demonstrar a existência do ato. Quem contesta a validade, a eficácia é que deverá

provar a ilegalidade, a injustiça do ato para poder evitar os seus efeitos.

Essa é a regra geral. Uma lei vale até que se demonstre nas formas devidas ser inconstitucional. Um ato administrativo ou jurisdicional é válido enquanto não for provada a sua ilegalidade. A sentença que é também amparada por esse princípio fundamental da presunção da legalidade dos atos estatais, ela é eficaz em todos os sentidos até o momento em que se demonstrar a sua invalidade ou injustiça, e quem afirma essa ilegalidade é que deve demonstrar nas formas e meios devidos. A este conceito de eficácia damos o nome de *eficácia natural da sentença*.

Si a organização judiciária estabelecesse uma única instância para o julgamento dos processos esta eficácia começaria a existir desde o momento em que a sentença fosse proferida. Mas não é assim, porque a organização judiciária estabelece uma pluralidade de instâncias, porque permite a interposição de recursos para o controle, a revisão dos julgamentos, e surge daí o problema de saber qual o momento em que começa a existir a eficácia da sentença, assunto da nossa próxima lição.

* * *

No fim da última aula começámos a determinar o conceito da eficácia natural da sentença, que é propriamente o conjunto dos efeitos que a sentença produz como decisão final da controvérsia. Cada sentença produz os efeitos correspondentes ao seu conteúdo, podendo, portanto, tais efeitos ser condenatórios, declaratórios, ou constitutivos.

Em relação aos efeitos secundários podem existir ou não conforme o conteúdo próprio de cada sentença.

Mas em conjunto todos estes efeitos representam a eficácia natural da sentença, e essa eficácia se produz como eficácia de ato estatal, com os mesmos caracteres que apresenta a eficácia de qualquer outro ato do Estado, eficácia que está sempre condicionada à legalidade e à justiça do

ato mesmo. Quer dizer, a sentença, assim como todos os outros atos do Estado, produz a sua eficácia por ser emanada por uma autoridade do Estado, mas a atividade dos órgãos do Estado está regulamentada pelas leis e seus atos produzem efeitos só se foram observados e exatamente aplicadas as leis vigentes. Em consequência, a eficácia, que a sentença produz, pode ser em cada caso eliminada, destruída si fôr possível demonstrar que o juiz errou na aplicação do direito no caso concreto.

Examinemos um pouco mais de perto essa eficácia natural da sentença: seus limites objetivos e subjetivos e o momento em que os seus efeitos começam a ser produzidos.

Pelo que respeita aos limites é evidente que a sentença não pode ter senão eficácia para o caso concreto, para o objeto próprio do processo. Só o objeto do processo foi matéria de decisão, e a decisão só pode ter efeito relativamente à matéria que foi objeto do processo. Outros assuntos, outras controvérsias que não foram objeto do processo não podem receber de nenhum modo a eficácia da sentença. Isto é evidente.

Quanto à extensão subjetiva da eficácia da sentença, isto é, quanto a saber quais são as pessoas que sentem a eficácia da sentença, que estão obrigadas a reconhecer os resultados que a sentença produz, a resposta é a seguinte: a eficácia da sentença tem uma extensão geral; todos estão subordinados à eficácia da decisão. E' o juiz o órgão que o Estado institue para que examine e decida as controvérsias que lhe são submetidas. Em sua atividade ele deve observar todas as leis que têm a finalidade de assegurar um bom desenvolvimento dessa atividade e alcançar um resultado conforme ao direito positivo.

Todos, portanto, devem reconhecer esse resultado como manifestação da vontade do Estado na controvérsia que foi objeto do seu exame. Por exemplo: entre Fulano e Sicrano houve uma controvérsi qualquer. O juiz decidiu, declarando existente uma relação jurídica entre ambos (sentença declaratória), ou condenando o réu a pagar uma importância.

ao autor (sentença condenatória), ou ainda anulando, modificando um contrato existente entre Fulano e Sicrano (sentença constitutiva). Qualquer destes resultados não vale só para Fulano e Sicrano, mas para todos nos limites da decisão, isto é, essa decisão é válida para todos. Todos devem reconhecer que o órgão instituído pelo Estado para resolver a controvérsia decidiu dessa maneira.

Esse o significado da nossa afirmação “a extensão subjetiva da eficácia da sentença é geral, todos devem reconhecer essa sentença nos limites do que ficou decidido.” Sempre, porém, enquanto eficácia natural da sentença, isto é, enquanto eficácia subordinada e condicionada à exata aplicação do direito, porque os atos do Estado só valem enquanto contêm e representam a exata aplicação do direito vigente.

Uma sentença não tem essa eficácia imediatamente ao ser proferida. Para assegurar uma justiça melhor o Estado, não satisfeito com o simples exame feito uma só vez, por um juiz, da controvérsia a ser decidida, prevê a possibilidade de um novo exame da controvérsia, de um controle à atividade do juiz, e isso por meio dos recursos. Portanto, a sentença que profere o juiz que examina pela primeira vez uma controvérsia, ainda não é a decisão que o Estado reconhece como a sua definitiva palavra no assunto. Poderá haver um novo exame, um controle, e isso não apenas uma vez, mas mais de uma vez. Assim é pela razão de que existe um sistema de recursos, assunto muito amplo e que não é matéria de consideração no momento, mas que devemos ter presente para entender como chegamos à configuração da decisão de última instância.

Entre os vários recursos previstos pela lei há alguns que têm efeito suspensivo, outros que não têm efeito suspensivo. Ter ou não efeito suspensivo significa suspender ou não o momento em que a sentença vai produzir a sua eficácia natural. Quer dizer, enquanto são possíveis os recursos com efeito suspensivo a sentença não produz efeito algum.

Só quando se precludem os recursos com efeito suspensivo é que a sentença começa a produzir os seus efeitos normais. Podemos, portanto, afirmar o seguinte: a sentença começa a produzir a sua eficácia natural quando estão preclusos os recursos que têm efeito suspensivo, ainda mesmo que possa ser recorrida por aqueles recursos que não têm efeito suspensivo — a revista e o recurso extraordinário.

Pela aplicação conjunta dos arts. 808, § 1.º, 829 e 830 do Código de Processo Civil podemos dividir os recursos previstos pela lei em duas categorias: os que têm efeito suspensivo e os que não o têm, que certa doutrina chama de recursos ordinários e extraordinários à vista justamente dessa diferença de terem ou não efeito suspensivo.

Portanto, uma vez preclusos os recursos com efeito suspensivo, também chamados recursos ordinários, seja por ter decorrido o prazo para sua propositura, seja porque, propostos e recebidos foram julgados, uma vez preclusos os recursos ordinários, a sentença produz a sua eficácia natural. Eficácia que toma caso por caso o conteúdo concreto que corresponde ao caráter da decisão que o juiz proferir, mas que está sempre condicionada à verificação no caso concreto de que foi exatamente aplicada a lei vigente. Podemos apenas acrescentar, como figura excepcional, que o efeito condenatório pode ser antecipado no que se chama *execução provisória*, quando o recurso, embora por sua natureza tenha efeito suspensivo, fôr recebido sem esse efeito.

Todos estes assuntos serão melhor explicados ao estudarmos o sistema dos recursos de que aqui resumidamente estou dando algumas noções para que os srs. compreendam a relação que tem o problema dos recursos com o conceito da eficácia natural das sentenças.

Temos assim diante de nós a sentença produzindo os seus efeitos do mesmo modo que produzem os seus efeitos os atos praticados pelo Estado, isto é, sempre condicionada à eficácia, à conformidade da decisão com o direito vigente.

V — A coisa julgada

Acontece, porém, e aqui vamos dar um passo para frente, que a lei reconhece na sentença uma eficácia maior e especial, que distingue a própria sentença de todos os outros atos do Estado. Tendo em vista a necessidade de evitar que as controvérsias possam sempre ser renovadas sem que haja um fim que venha pôr termo de uma vez aos litígios, a lei estabelece para a sentença uma qualidade especial que reforça a sua eficácia, qualidade especial característica exclusiva das sentenças e que as distingue de todos os demais atos do Estado.

Essa qualidade é o que se chama de *autoridade da coisa julgada*. Quando todos os recursos estão preclusos, quando não há meio algum para ser aplicado no sentido de obter uma reforma da sentença, este ato final do processo se torna imutável, inatacável. Temos então a *coisa julgada formal*, que significa a imutabilidade da sentença como efeito da preclusão de todos os recursos previstos pela lei. E como consequência dessa coisa julgada formal temos também a imutabilidade dos efeitos que a sentença produz — *coisa julgada substancial*. Enquanto a eficácia natural da sentença é como a eficácia de todos os outros atos, condicionada à verificação da justiça e da legalidade da decisão, caso por caso, quando chegamos a esse último estágio — a formação da coisa julgada — o ato se torna imutável, isto é, já não mais é condicionado à justiça e à legalidade do processo e da decisão, e a controvérsia se acha julgada definitivamente.

Embora a finalidade máxima do processo seja atingir a verdade, proclamar e realizar a justiça, o Estado se encontra na necessidade de pôr um limite a essa procura da verdade e da justiça. A lei é que proporciona aos interessados os meios que acha melhor para conseguir esse resultado. O juiz procede de acordo com essas regras, observando esse conjunto de garantias que a lei estabeleceu.

Há, porém, sempre um momento em que não se pode mais discutir, há um momento em que de vez devemos estar satisfeitos com o que foi feito e reconhecer a decisão do juiz como última palavra na controvérsia decidida. Quer dizer que nem eventuais defeitos no decorrer do processo, nem êrros do juiz na decisão do caso podem mais influir para permitir que a sentença seja anulada, eliminada ou reformada. Quando chegarmos a esse momento em que recursos não mais podem ser propostos, o ato se torna imutável e em consequência disso seus efeitos também se tornam imutáveis. Alcançamos o ponto final do processo: formase a coisa julgada, e não mais se pode discutir sobre o assunto. Querendo, portanto, resumir o que foi dito e dar uma noção da coisa julgada diremos que ela consiste na imutabilidade da sentença como ato — coisa julgada formal — e na imutabilidade dos efeitos que a sentença produz, que é propriamente a coisa julgada substancial ou autoridade da coisa julgada.

Contudo, ao falar de imutabilidade da sentença e definitividade da decisão usei sempre de uma linguagem um pouco retórica, porque o direito positivo, ao mesmo tempo em que estabelece essas regras, admite casos excepcionais em que mesmo a coisa julgada pode ser impugnada. Assim pois, em regra, qualquer defeito no processo, qualquer êrro do juiz na decisão do caso concreto depois de formada a coisa julgada se tornam irrelevantes e não podem mais ser invocados e apontados para anular ou reformar tal decisão. Mas isto só em regra, como princípio, porque a lei considera que há defeitos de tanta gravidade que não podem subsistir, e então aparece a possibilidade de impugnar a própria coisa julgada. São os defeitos previstos no artigo n. 798 do Código de Processo e que dão lugar à ação rescisória.

A ação rescisória é o último remédio que a lei prevê para impugnar a coisa julgada depois de formada. Não é um recurso, em sentido restrito, por isso que a possibilidade de propôr a ação rescisória não impede a formação da

coisa julgada; é um remédio extremo que a lei prevê e permite taxativamente nos casos relacionados no artigo citado para impedir que, quando ocorrem defeitos substancialmente graves, se torne a decisão da controvérsia definitiva.

Não será assunto a ser estudado hoje o da recisória, que aliás tem seu lugar no programa do curso. Só lhes lembrei o assunto para verem que mesmo depois de formada a coisa julgada pode haver defeitos tão graves no ato a ponto de permitir a lei a impugnação da sentença.

De acordo com uma doutrina, aliás muito autorizada, a distinção entre a coisa julgada formal e a coisa julgada substancial costuma ser feita como de dois fenômenos profundamente diferentes. A meu vêr, embora distintos, e devam ser considerados distintos, eles são nada mais do que dois degraus sucessivos do mesmo fenômeno. Proferido o ato que é a sentença, decorridos os prazos para os recursos, torna-se imutável o ato (1.º degráu — coisa julgada formal), e em consequência se tornam imutáveis os seus efeitos (2.º degráu — coisa julgada substancial). Não há possibilidade de contrapor estes dois aspectos de um mesmo fenômeno, que é o tornar-se definitivo o ato em que o juiz proferiu a sua decisão.

Por outro lado, é interessante lembrar que há uma corrente na doutrina que considera a coisa julgada como finalidade do processo. De acordo com essa opinião a atividade jurisdicional do Estado teria como finalidade principal manter a paz entre os cidadãos; portanto, conseguir uma decisão última, definitiva, inatacável de uma controvérsia seria propriamente alcançar o escopo principal da atividade judiciária.

A meu vêr essa conceituação não é aceitável. A verdadeira finalidade da atividade judiciária é conseguir a Justiça, a aplicação e a realização do Direito em todos os casos em que ele não foi espontaneamente observado. A coisa julgada, portanto, não é a finalidade do processo, e sim um limite à procura indefinida da verdadeira finalidade do processo, que é a Justiça.

Pelas necessidades práticas da vida, que seriam gravemente ameaçadas si essa nobre e elevada aspiração que é assegurar a Justiça não fosse limitada, é que a lei em dado momento se declara satisfeita com o que foi feito e obriga também os interessados a considerar como palavra última e definitiva do Estado o que o juiz proclamou. Mas impedir nesse momento uma continuação da discussão é pôr um limite por necessidades práticas à contínua investigação da Verdade, à procura indefinida da Justiça no caso concreto. A coisa julgada não se pode, pois, considerar o escopo do processo, mas tão somente o ponto final dele, procurando evitar a perpetuação dos litígios.

Já tive oportunidade de dizer que as definições correntes da coisa julgada são em parte diferentes da que eu dei nesta aula. Deveremos considerá-las para vêr o que há de certo ou de errado nelas.

Teorias sobre a coisa julgada

A maioria das teorias sobre a coisa julgada a define como um efeito da sentença, efeito que deve ser posto ao lado de outros efeitos da sentença, como o condenatório e constitutivo. Assim, tomando como exemplo a sentença condenatória, essas doutrinas indicam os efeitos da sentença do modo seguinte:

coisa julgada
preparação da execução
hipoteca judicial

Temos, portanto, a coisa julgada posta na lista dos efeitos que a sentença condenatória produz. Isto tem a consequência de que a estabilidade, que é a característica da coisa julgada, não abrange também os outros efeitos da sentença. De fato, considerando a coisa julgada como um dos efeitos, a consequência é que os outros efeitos ficariam excluídos do âmbito da coisa julgada.

Com a nossa definição de coisa julgada as coisas se passam diferentemente. Os efeitos da sentença condenatória seriam os seguintes:

coisa julgada	{	efeito declaratório efeito condenatório (preparação da execução) hipoteca judiciária
---------------	---	--

Temos aí o conteúdo da sentença condenatória e indicamos assim os seus efeitos. A coisa julgada não é um desses efeitos, é a *qualidade* que reconhecemos à sentença e aos seus efeitos depois de esgotados os recursos. Não é, pois, um dos efeitos, é qualidade, que abrange todos eles, dando-lhes aquele caráter de estabilidade, de imutabilidade que já examinámos. A intenção da lei é que essa imutabilidade não se refira unicamente ao efeito declaratório, mas deve abranger todos os efeitos da sentença. Por isso é que ao invés de definir a coisa julgada como efeito da sentença, poderíamos dizer que ela é uma qualidade da sentença e de seus efeitos.

Essas doutrinas passam depois a definir em que consiste este suposto efeito da sentença, que é a coisa julgada, e então usam várias fórmulas, que na sua maioria se resumem nestas palavras: presunção de verdade, ficção de verdade ou verdade legal. Todas estas definições são variações de uma afirmação feita por um jurisconsulto romano que escreveu: “Res judicata pro veritate habetur” (A coisa julgada deve ser tida por verdade). Mas ao dizer assim, o jurisconsulto romano não queria senão indicar o efeito prático da coisa julgada: o que foi julgado a lei quer que constitua o ponto final da controvérsia. Não há mais que discutir si é justa ou não a decisão. Assim foi julgado, é suficiente.

Ao transformar essa afirmação em “presunção de verdade” ou “ficção de verdade” ou “verdade legal” se diz algo parcialmente exato. Em sentido puramente científico não é exato, porque o que a lei quer não é que se finja, presumindo ser verdade o que na verdade é falso. Não se

pode admitir que exista uma verdade legal diferente da verdade verdadeira. Todas essas fórmulas são perigosas e falsas. O que a lei estabelece é que os efeitos produzidos pela sentença permaneçam no tempo, não possam ser mais modificados. E assim o faz, porque quer assegurar o fim da controvérsia, e também, porque tem boas razões para supor que o que foi julgado corresponde a situação real existente entre as partes,

Portanto, encontramos aqui a justificação prática e política da autoridade da coisa julgada, sem que se possa concluir que destas palavras resulte a verdadeira definição jurídica da coisa julgada.

Passaremos agora a estudar o assunto de grande importância prática, discutido todos os dias nas salas dos tribunais:

Limites objetivos da coisa julgada

Essa coisa julgada que procuramos definir e explicar, a que se refere exatamente? A que parte da decisão do juiz, decisão que consta dos fundamentos de fato e de direito e do dispositivo? — Todas as partes da decisão são abrangidas pela coisa julgada, ou não?

E' o problema de saber si a coisa julgada se refere unicamente à parte dispositiva da decisão, ou si se refere também aos motivos dessa decisão.

Sabemos que o juiz não deve só decidir a causa, mas deve também dar a razão de sua decisão, os motivos que o levaram a julgar como julgou. Portanto, deve indicar quais os fatos que julgou provados, quais os dispositivos legais que considerou aplicáveis a esses fatos e qual a conclusão que tirou dessas várias premissas. A coisa julgada, isto é, a imutabilidade desse julgamento, se refere só à decisão final, ou também a todas as considerações de fato e de direito que o levaram a emitir essa decisão? Este é o problema.

A nossa definição de coisa julgada como imutabilidade dos efeitos da sentença, já nos dá a resposta. A coisa julgada se refere aos efeitos da sentença, isto é, à decisão final, e não a todas as considerações de fato e de direito que levaram o juiz a proferir sua decisão, não, portanto, aos que se chamam “motivos” da decisão.

Dissemos em aula anterior que a decisão é um ato de inteligência e de vontade do juiz. Isto só se refere à decisão estritamente considerada. Todas as considerações que o juiz deve fazer a respeito dos fatos são atividades meramente lógica, intelectual do juiz. Ele conhece essas várias questões, mas *decide* unicamente a questão principal proposta pelo autor na petição inicial.

O grande mestre do processo brasileiro, PAULA BAPTISTA, já deu em seu tempo uma definição dos limites objetivos da coisa julgada, que ainda hoje é aceitável. Escreveu ele: “A autoridade da coisa julgada é restrita à parte *dispositiva* do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos.” Isso significa que o conhecimento dos motivos da sentença tem a maior importância como elemento de interpretação da parte dispositiva do julgamento, mas eles próprios não são abrangidos pela coisa julgada.

Ao contrário, outra corrente tem a tendência de alargar os limites objetivos da coisa julgada, abrangendo também os motivos da decisão. JOÃO MONTEIRO, por exemplo, escreveu: “Fazem coisa julgada as relações jurídicas que realmente foram controversas e julgadas”. Portanto, assim como vários outros autores, ele preferia estender também aos motivos os efeitos da coisa julgada. Aliás é frequentemente repetida a afirmação de que a coisa julgada se estende a todas as questões debatidas e decididas.

O fato é que muitas vezes para decidir sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica há necessidade de se examinar outras relações jurídicas mais ou menos ligadas à relação que deve ser decidida. O juiz deve examinar essas outras questões, assim como as partes de-

vem debater essas outras relações, mas nem por isso a coisa julgada abrangerá a opinião que o juiz formou sobre essas outras relações.

A coisa julgada se limita popriamente à decisão do juiz sobre a questão proposta pelo autor em sua petição inicial. Não abrange os motivos de fato e de direito que o juiz expõe na sua decisão, ou por outra, não abrange a opinião que o juiz expressa no curso da sentença sobre relações jurídicas mais ou menos ligadas àquela que forma o objeto próprio do processo.

Essas e outras relações, para qualquer efeito que não seja pôr novamente em discussão a relação jurídica decidida, não são cobertas pela coisa julgada, e em outros processos podem ser novamente debatidas e decididas.

Afirmamos, portanto, como conclusão do assunto, que a coisa julgada se refere estritamente àquela relação jurídica que foi objeto principal do processo, e não remonta às outras relações jurídicas eventualmente objeto de discussão, não compreende os motivos de fato e de direito da decisão.

Limites subjetivos da coisa julgada

E' assunto de grande importância prática, porque todos os dias nos encontramos na necessidade de resolver esse problema e de decidí-lo em relação às controvérsias que devem ser apreciadas pelo juiz. Trata-se de saber quais as pessoas que são atingidas e alcançadas pela autoridade da coisa julgada.

Que o sejam as partes, não há dúvida, mas o problema é de se saber em que condição estão os outros em face da coisa julgada, porque em verdade as relações jurídicas não vivem no mundo isoladas, cada uma por si; ao contrário, se encontram continuamente entrelaçadas, ligadas. Os homens têm relações recíprocas as mais variadas e, portanto, a configuração que recebe uma relação jurídica entre A e B em consequência da decisão que profere o juiz pode ter certa

influência, maior ou menor, segundo os casos, sobre as relações jurídicas de C, D, E, F e assim por diante.

Até que ponto a decisão que foi proferida entre A e B vale e tem força em face desses terceiros que não foram parte no processo, que, entretanto, pela conexão que têm suas relações com aquela que foi decidida, podem receber vantagens ou prejuízos da sentença que foi proferida?

O problema é dos mais difíceis, dos mais intrincados do direito, porque, enquanto as partes tiveram oportunidade de defender as suas razões e de defender os seus interesses, os terceiros não tiveram essa oportunidade. Portanto, é da maior importância, da maior gravidade resolver o problema de se saber até onde esses terceiros, que não tiveram parte nenhuma no processo, que não puderam defender os seus direitos, podem ou não ser atingidos ou alcançados pela eficácia da sentença que foi pronunciada num processo entre outros.

A regra neste assunto é a seguinte: só as partes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada. Os terceiros, por serem estranhos ao processo que teve lugar e à sentença que foi pronunciada, não são atingidos pela autoridade da coisa julgada, segundo a antiga regra formulada pelo jurisconsulto romano, que permaneceu firme através da longa tradição da história do Direito e que ainda hoje deve ser considerada como a regra fundamental nesta matéria: “*Res inter alios judicata, aliis non prejudicare*”. (A coisa julgada entre as partes não pode prejudicar os terceiros).

Essa regra geral inspira-se no mais evidente bom senso, nas maiores exigências da equidade, da justiça, porque seria sumamente injusto que quem foi estranho ao processo, provavelmente nem sabendo da sua existência, pudesse em certo tempo ser alcançado com uma sentença que decidiu direta ou indiretamente sobre os seus direitos. Seria sumamente injusto tirar-lhe qualquer possibilidade de reagir contra essa sentença, de defender aqueles que eventualmente são seus direitos efetivos e realmente existentes. Portanto, pode-se afirmar que a regra dos limites subjetivos da coisa julgada,

isto é, a limitação da autoridade da coisa julgada às partes, e só às partes do processo, é uma regra de importância fundamental, que deve ser defendida como garantia elementar dos direitos individuais de cada um.

Porém, o fato é que erraria quem pensasse que com isso o problema está resolvido. Na verdade, está longe de ser resolvido, pois é precisamente neste momento que começam as dificuldades; aí é que surgem as hipóteses duvidosas em que não se sabe até que ponto pode a regra fundamental ser aplicada, porque a realidade nos apresenta relações tão íntimas entre os direitos, entre as relações jurídicas das várias pessoas, que em certos casos é impossível negar alguma forma de repercussão da decisão proferida em face das relações jurídicas de pessoas que foram estranhas ao processo. Portanto, em todo o tempo, desde o Direito Romano até os nossos dias, os juristas se viram na necessidade de estudar e solucionar este problema.

A regra dos limites subjetivos é a base, mas não é a solução. A configuração dos vários casos é tão diferente na prática, a realidade é tão rica de hipóteses variadas, de conexão, ligação e dependência entre uma e outra relação, que estabelecer regras completas e definitivas que resolvam todos os casos se demonstrou até agora impossível. Em face da variedade dos casos tudo que soube fazer a doutrina foi em geral uma longa, complicada e variada casuística, solução essa evidentemente imperfeita, porque depende das preferências, das tendências de cada um incluir ou excluir os vários casos concretos que se apresentam numa solução ou na outra.

Uma teoria recente que acreditou ter resolvido o secular problema é a *teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada*. Hoje, porém, se descobriu que essa teoria a par das muitas outras anteriores ou é imperfeita, como veremos, ou se torna errada e perigosa nas suas aplicações. Essa teoria partiu de uma observação interessante do grande e conhecido jurista alemão IHERING.

Foi ele quem primeiro observou que os atos jurídicos, além de produzir os efeitos diretos, isto é, os efeitos queridos e previstos pelo autor do ato, na realidade, produzem também outros efeitos não previstos e não queridos, mas inevitáveis, pela conexão que existe no mundo jurídico entre as várias relações. Uma pessoa age de certo modo, realiza um ato jurídico com a finalidade de produzir um certo efeito. Este efeito se produz, mas além deste efeito fóra das suas previsões, fóra de sua direta e conciente vontade produzem-se, por repercussão, outros efeitos, que atingem eventualmente outras pessoas além das que ele queria atingir com a sua atividade.

IHERING se referiu, ao fazer essa observação, ao mundo jurídico em geral, e para explicar melhor seu pensamento fez uma comparação com um fato de experiência cotidiana no mundo físico, que bem nos dá a perceber o que queria dizer. Observou ele que si jogarmos uma pedra num lago, no ponto em que a pedra cái n'água, forma-se uma série de vagas que se vão distanciando, tornando-se sempre mais amplas e menos profundas. Do mesmo modo, cada atividade humana que produz um fato jurídico, e por consequência uma série de efeitos jurídicos queridos, concientemente queridos e previstos, cria em redor desse fato uma série de repercussões no mundo jurídico, que ele chamou de reflexos dos efeitos jurídicos.

Foi assim que outros escritores de direito processual, querendo aplicar esta observação de IHERING a esse problema dos limites subjetivos da coisa julgada, disseram que a coisa julgada, além dos seus efeitos diretos, que atingem as partes, produz também uma série de efeitos reflexos que atingem eventualmente os terceiros. Não porque esteja na intenção do juiz, na vontade do juiz, na eficácia própria da sentença produzir estes efeitos reflexos. Ao contrário, tais efeitos são à méra consequência prática, inevitável da conexão existente entre as muitas relações jurídicas existentes.

Vejamos um exemplo para esclarecer: sabemos que uma fiança, por exemplo, depende em sua existência da existên-

cia da obrigação principal. Si a obrigação principal não existe, ou porque não surgiu, ou porque é nula, também a fiança não existe. Portanto toda controvérsia entre credor e devedor sobre a existência e validade da obrigação principal tem logicamente certa repercussão sobre a obrigação do fiador. Si o juiz declarar inexistente ou nula a obrigação principal, não poderá, “*ipso jure*”, subsistir a obrigação do fiador, ao passo que si a obrigação principal fôr declarada existente e válida a obrigação do fiador se torna possível; não necessariamente existente, porque ela poderia ser nula por motivos próprios, mas torna-se possível. Eis como o fiador pode encontrar-se com uma repercussão em sua relação, em sua obrigação, por força da decisão que o juiz proferir na controvérsia entre credor e devedor sobre a existência da relação jurídica principal.

A teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada sustenta precisamente que, neste caso como em todos os outros semelhantes, a sentença produz em prejuízo dos terceiros todas as repercussões e consequências lógicas, efeitos reflexos encerrados na sentença passada em julgado. Por exemplo: a sentença proferida sobre a existência da obrigação principal vale logicamente também para o terceiro; ele poderia eventualmente sustentar que a fiança tem algum defeito próprio, mas não poderia sustentar que a obrigação principal não existe. Como adiantei, esta teoria deve ser rejeitada.

Alguns autores prudentemente fizeram uma casuística, isto é, examinaram caso por caso se estes efeitos reflexos se podem admitir ou não, deixando-se levar por razões de equidade, mas sem poder atingir uma regra válida para todos os casos.

Outros autores, mais lógicos, criaram uma teoria de uma lógica implacável. Sustentaram que estes efeitos reflexos se produzem sempre em todos os casos de acordo com a lógica das conexões entre as relações jurídicas, e que, portanto, a coisa julgada, embora limitada nos seus efeitos diretos unicamente às partes, produz, inevitavelmente, através dos efeitos reflexos a sua eficácia, a sua autoridade em face dos

terceiros cujas relações jurídicas se encontram em alguma conexão com a relação decidida.

Essa última corrente, embora com palavras diferentes e fórmulas diferentes, chega nem mais nem menos, a negar em pleno, em todo o seu alcance o princípio geral dos limites subjetivos da coisa julgada, porque é evidente, pela natureza mesma das coisas, que uma sentença só pode produzir efeitos para os terceiros, enquanto estes efeitos decorrem da lógica aplicação da sentença sobre as relações conexas. O que admite esta doutrina é portanto o que a regra dos limites subjetivos da coisa julgada quis evitar — os efeitos reflexos da coisa julgada. É evidente que quando se diz que a coisa julgada só atinge as partes, não se quer dizer com isso que não atinge qualquer um dos muitos homens que existem no mundo e que nenhuma ligação têm com elas, porque isto não precisa ser afirmado, decorre da própria natureza das coisas. Quando dizemos que os terceiros não são atingidos pela coisa julgada, é porque queremos evitar que atinja aqueles terceiros que têm certa relação com a lide, e que poderiam, logicamente, ser alcançados pela coisa julgada. E por isso princípio de equidade e justiça não submeter-se à imutabilidade dos efeitos da sentença aqueles que não foram postos em condições de defender os seus direitos. Devemos, portanto, repelir como errada e sumamente perigosa a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada.

Ao contrário, invocamos aqui a aplicação de outra regra já exposta nas aulas anteriores e que é aquela do alcance geral da eficácia natural da sentença. Estas duas regras, limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada e extensão geral da eficácia natural da sentença se completam entre si e nos fornecem uma solução geral do problema que estamos estudando.

Para bem entender esta solução precisamos ter presente a distinção que fizemos entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada. A eficácia natural da

sentença é aquela que reconhecemos à sentença pela sua qualidade de ato do Estado, portanto, condicionada à exata aplicação do direito vigente, o que em palavras mais simples significa condicionada à sua intrínseca justiça. Esta justiça, caso por caso, não precisa ser demonstrada, porque presumimos que existe, presumimos que a sentença normalmente é justa. Mas não obstante podemos demonstrar caso por caso que, na verdade, a sentença é injusta, e, portanto, sem eficácia. Como dissemos em outra parte do nosso estudo, a lei não está satisfeita simplesmente com essa eficácia natural da sentença, e para acabar as controvérsias atribue à sentença essa qualidade ulterior, que é a autoridade da coisa julgada, isto é, imutabilidade dos efeitos. Imutabilidade que é limite à possibilidade de demonstrar a injustiça da sentença. Portanto, a eficácia natural da sentença permite demonstrar caso por caso que a sentença é injusta, e, portanto, ineficaz.

Quando se verifica a autoridade da coisa julgada?

Quando a possibilidade de insurreição contra a sentença não mais existe.

Agora, eu afirmo que, enquanto a autoridade da coisa julgada se forma e existe só para as partes, a eficácia natural da sentença vale para todos. A combinação destes dois princípios nos dá a solução geral do problema que ora estudamos, o que quer dizer, em outras palavras, que, ao passo que as partes, que puderam defender os seus direitos no processo, depois de transitada a sentença em julgado, não podem mais insurgir-se contra ela para demonstrar que não é justa, os terceiros que não tiveram essa oportunidade, que não puderam defender seus direitos, são atingidos pela eficácia natural da sentença, mas podem em toda oportunidade insurgir-se contra ela para demonstrar eventualmente que no caso concreto o juiz errou e proferiu uma sentença injusta, aplicou mal a lei.

Para resolver toda a série de problemas práticos envolvidos nesta questão, devemos explicar exatamente quais os

terceiros e em que condições podem insurgir-se contra a sentença como acabei de mencionar.

A regra sobre este assunto é a seguinte: podem se insurgir contra a eficácia da sentença os terceiros que têm um interesse jurídico em conflito com a decisão proferida. Para entender bem este ponto examinemos alguns casos possíveis.

Entre A e B há controvérsia sobre a propriedade de um imóvel; o juiz decide a favor de A ou de B, reconhecendo proprietário do imóvel A ou B. C, terceiro que não é parte na causa, afirma por sua vez ser proprietário do mesmo imóvel. Si a sentença entre A e B prevalecesse contra C, pelo fato de declarar o juiz que A ou B é o proprietário, desapareceria todo o direito de C.

Formulemos outro caso: A e B continuam contendendo sobre esse imóvel; C é credor de B. A solução que tiver a controvérsia entre A e B é da maior importância para C, porque da existência ou não do imóvel no patrimônio de B pode depender a possibilidade de que C seja pago.

Na hipótese primeira A e B se dizem proprietários de um mesmo imóvel, que por sua vez C, que não é parte no processo, diz ser de sua propriedade. Si a sentença entre A e B prevalecesse contra C, produziria um prejuízo de natureza jurídica contra ele, porque negaria seu direito.

No segundo caso, reconhecendo o juiz que o imóvel é de propriedade de A, essa sentença prejudica C, porque não poderá mais fazer a execução contra B, seu devedor, que não dispõe de outros bens passíveis de execução e, portanto, capazes de satisfazer o crédito de C.

Embora nestes dois casos (primeiro e segundo) haja prejuízo para C, este prejuízo é de natureza diversa: é de natureza jurídica no primeiro e de natureza econômica neste segundo, porque, negando a propriedade de B sobre o imóvel, não se nega por isso que C seja credor, seu crédito subsiste intacto, só que não poderá ser satisfeito prati-

camente, pois, o imóvel já não é mais de B. Na primeira hipótese o prejuízo é jurídico, porque importa na negação do próprio direito do terceiro, ao passo que na segunda hipótese o prejuízo é simplesmente econômico, porque a sentença, sem de nenhum modo afetar a existência do direito do terceiro, diminua, entretanto, as perspectivas de sua efetiva satisfação.

E' sobre essa base que, repito, podem insurgir-se contra a eficácia da sentença aqueles terceiros que sofreriam dela um prejuízo jurídico, que têm portanto um interesse jurídico em conflito com a sentença proferida. Não podem insurgir-se contra ela aqueles terceiros que têm com o seu pronunciamento um prejuízo, simplesmente, prático e econômico.

As premissas que estabelecemos e cuja aplicação vai nos dar a solução dos vários casos que podem interessar são as seguintes :

1.º — A sentença tem eficácia natural geral, que se estende a todos os sujeitos. Essa eficácia se torna imutável como autoridade da coisa julgada para as partes, não para os terceiros, por conseguinte os terceiros enfrentam simplesmente a eficácia natural da sentença.

2.º — Entre os terceiros aqueles, que têm um interesse jurídico em contradição com a sentença, podem demonstrar que ela foi injustamente proferida, e que, portanto, os seus efeitos não devem prejudicar o direito que têm esses terceiros.

Também expliquei a diferença do interesse que pode ter o terceiro em face da sentença, interesse que pode ser jurídico, ou pode ser simplesmente prático ou econômico. E' *jurídico* quando há incompatibilidade entre o direito do terceiro e a decisão, isto é, quando a decisão estendida ao terceiro negaria o seu direito. Ao passo que é simplesmente interesse *prático ou econômico* aquele do terceiro para o qual a decisão importa em prejuízo, mas não em negação do seu direito. Exemplo clássico é o do credor do condenado.

Vamos às aplicações. Os terceiros podem ser grupados em três categorias que chamaremos A, B e C.

Na primeira categoria chamada A encontramos terceiros que alcançados pela simples eficácia da sentença não podem fazer nada, mas que também não são efetivamente prejudicados por ela. São aqueles que a doutrina chama de *terceiros indiferentes*. Quer dizer que a sentença pronunciada entre Fulano e Beltrano faz direito entre as partes. Todos os terceiros indiferentes não têm nenhum interesse particular no assunto, não podem fazer mais que reconhecer a eficácia dessa sentença.

Uma segunda categoria, categoria B, é a dos terceiros que têm algum interesse no assunto, mas esse interesse é puramente prático, econômico, é um interesse de fato. A doutrina chama estes terceiros de *terceiros interessados praticamente*. Para estes a decisão proferida entre Fulano e Beltrano pode representar um prejuízo, mas não podendo afirmar um interesse jurídico contra essa decisão, nada mais podem fazer que receber essa decisão e suportar as consequências eventualmente prejudiciais. Exemplo: Fulano e Beltrano litigam. Todos os credores de Beltrano estão interessados no seu processo, porque quanto maior seu patrimônio tanto maior a possibilidade destes credores de obter satisfação sobre os seus bens. Entretanto, os direitos de crédito dos credores são perfeitamente compatíveis com a derrota de Beltrano no processo; grande ou pequeno o patrimônio de Beltrano, os créditos dos credores, juridicamente, ficam inalteráveis; só praticamente é que ficam afetados. Portanto, os credores de Beltrano, interessados embora no processo, porque interessados na vitória do seu devedor, no entanto, têm só um interesse prático, de fato, nada podendo fazer contra a sentença.

Quando um credor vai fazer uma execução nos bens do seu devedor, penhora um imóvel, e chega um terceiro dizendo-se e provando ser de sua propriedade esse imóvel por força de uma sentença judicial que o reconhece como proprietário, esse credor fica na impossibilidade de executar

o imóvel, pois que não é mais da propriedade do seu devedor. As consequências práticas podem ser graves, pois, é possível que o devedor não tenha outros bens. Entretanto, que pode ele fazer? Deve reconhecer a decisão.

Os credores, assim como todos os terceiros da categoria B, interessados economicamente, de fato, praticamente na decisão, não podem insurgir-se contra a sentença, devem suportá-la juntamente com as consequências eventualmente prejudiciais dela decorrentes.

Um caso equivalente a esse dos credores é o caso de todos os terceiros em face de uma decisão numa questão de estado. As questões de estado referem-se ao estado das pessoas: estado de casamento, de filiação, etc.

E' frequente a afirmação de que a coisa julgada, nas questões de estado, vale "erga omnes," contra todos. A afirmação é exata no resultado prático, mas mal formulada. Não nos encontramos em face de uma exceção ao princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, como normalmente dizem os autores, estamos simplesmente em face de um caso em que os terceiros se encontram na categoria B, isto é, interessados, mas com um interesse que a lei não reconhece, e portanto, devem suportar a decisão. E' só por isso, e não porque a coisa julgada tenha valor superior, pois, o "status" de uma pessoa é uma relação que por sua própria natureza deve ser igual para todos e pode influir sobre um número infinito de outras relações. Uma pessoa ou é em face do direito filho de outro, ou não é. E para todos essa afirmação ou negativa deve ser idêntica, não pode ser diferente, isto é, alguém não pode ser para uns filho de Fulano e para outros filho de Beltrano. Ou é filho de Fulano, ou é de Beltrano.

Por isso os terceiros devem ser incluídos na categoria B em face da decisão de uma questão de estado, porque a natureza particular, personalíssima das questões de estado faz com que a lei não reconheça a ninguém, senão aos próprios titulares da relação ou do estado jurídico, a legitimação para

discutir sobre o assunto. Fulano é ou não filho de Beltrano? Quem poderá discutir este assunto? Pode haver terceiros interessados nessa solução, por muitos motivos: como credores de um deles; como sucessores de um deles. Onde vão parar os bens se o suposto filho não é reconhecido herdeiro? Eis aí consequências importantes para os terceiros. Mas o caráter personalíssimo da relação do “status” das pessoas faz com que se reconheça legitimação para discutir sobre o assunto só aos titulares da relação. O interesse dos terceiros é muito inferior, de caráter subordinado, e, portanto, a lei não lhes reconhece o direito de falar sobre o assunto. Quando o juiz decide si o filho é ou não é filho, os terceiros nada mais podem fazer que reconhecer isso.

Temos aí, portanto, a categoria B de terceiros interessados, mas com um interesse nitidamente subordinado ao interesse das partes no conflito, e, portanto, não autorizados a discutir a justiça da sentença proferida.

Essa é a regra, mas há também uma exceção, exceção que na verdade, devo dizer, não é prevista nem pela lei, nem pela doutrina aqui no Brasil. E’ o caso da decisão fraudulenta. Está muito bem que terceiros com interesse nitidamente subordinado não possam discutir a justiça ou injustiça da sentença, como regra. Mas há uma possibilidade extrema em face da qual essa solução não satisfaz a nossa consciência jurídica, porque os titulares da relação jurídica, as partes não conduziram o processo legalmente, ha possibilidade de as partes se terem posto de acordo para prejudicar injustamente terceiros. Fulano e Beltrano se põem de acordo para conduzir o processo de tal maneira que o juiz, sem sua culpa, mas tendo por base apenas os elementos apresentados, pronuncia uma decisão não apenas injusta, mas fraudulenta. Injusta, porque produzida pelo acordo fraudulento entre as duas partes, visando prejudicar terceiros, como por exemplo os credores de Beltrano.

Neste caso para o qual o direito positivo brasileiro não prevê remédio, há em muitos direitos estrangeiros um remédio especial que se chama *oposição de terceiros*, remédio

de origem francesa e que se encontra em todos os direitos influenciados pela legislação napoleônica, e que até Portugal em sua última reforma processual incluiu em seu Código. No Brasil, porém, não há esse remédio.

Vou por essa razão ver si é possível extrair dos princípios até agora expostos um remédio para isso, porque enquanto a regra geral diz que os terceiros da categoria B não devem poder discutir a decisão das partes, porque seu interesse é nitidamente subordinado ao interesse das partes no conflito, há esse caso extremo em que as duas partes se podem pôr de acôrdo para obter uma sentença injusta e fraudulenta em face de terceiros.

Em verdade, os terceiros da categoria B têm um interesse que a lei, em regra, não pode reconhecer. Esse interesse torna-se, ao contrário, jurídico, digno de proteção e de consideração pela lei, quando se dirige contra uma decisão fraudulenta. Assim, um ato jurídico fraudulento pode ser impugnado pelos terceiros, art. 106 do Código Civil, pela ação pauliana. Aplicar este artigo à sentença não se pode, porque não há nenhuma analogia jurídica entre um ato de transmissão e uma sentença. Mas, e neste ponto parece que a analogia pode influir, a lei reconhece como jurídico o interesse dos terceiros em face de um ato fraudulento. E então o interesse dos terceiros da categoria B, que normalmente não é reconhecido pela lei como hábil para discutir a decisão pronunciada, surge e se justifica uma vez provada a fraude na sentença.

Temos por último a terceira categoria, categoria C dos terceiros, que é a dos terceiros interessados *juridicamente*, e que se sub-divide em duas sub-categorias: C-1 e C-2.

Os interessados juridicamente da categoria C-1 têm um interesse igual ao interesse das partes. Por exemplo: A e B litigam sobre a propriedade de um imóvel, e apresenta-se C, dizendo-se o proprietário. O interesse de C é igual ao de B e de A sobre o imóvel. Cada um pretende a propriedade para si, não há nenhuma diferença na qualidade do interes-

se entre essas pessoas. Os terceiros interessados desta categoria C-1 são terceiros com interesse jurídico, com interesse que tem natureza igual ao interesse das partes no processo; portanto, a sentença pronunciada entre as partes não pode de nenhum modo diminuir o direito que ele, terceiro, tem. Para estes terceiros da categoria C-1 a sentença não representa obstáculo nenhum à plena defesa de seu direito, porque a igualdade de seu direito com o das partes têm a consequência que não há nenhuma razão para dar preferência à posição de uma parte ou do terceiro.

Vejamos um exemplo no campo das questões de estado. — Dissemos que em geral a decisão sobre questão de estado não pode ser discutida por nenhum terceiro, porque seu interesse está nitidamente subordinado ao interesse das partes. Mas pode haver o caso seguinte: A e B litigam. Diz A ser pai de B, mas vem C e alega ser ele o pai de B. Ambos sustentam a mesma coisa, cada um deve poder defender as suas razões.

Por último temos a categoria C-2, categoria dos terceiros que têm um interesse jurídico, mas de categoria inferior ao interesse das partes, porque são titulares de relações jurídicas dependentes da relação jurídica julgada no processo.

Sabemos que as relações jurídicas na vida ordinária estão entrelaçadas da maneira mais vária, uma dependente da outra. A sorte que cabe a uma relação repercute de maneira variada nas outras relações mais ou menos dependentes. Os titulares destas relações dependentes estão interessados no que acontece na relação principal, mas, evidentemente, numa situação subordinada à situação dos próprios titulares da relação principal. Esses terceiros têm um interesse jurídico, porém, estão sujeitos à eficácia da sentença, sempre com a faculdade de demonstrar que ela foi proferida injustamente. Devem reconhecer a sentença, mas não a coisa julgada.

Cod. Civ. Art. 158 — “Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele

se achavam, e não sendo possível restituí-las serão indenizadas com o equivalente.”

Suponhamos que A venda a B um imóvel e B por sua vez o vende a C. Depois desta venda que para A, 1.º vendedor, não tem nenhum interesse, A promove uma ação contra B, sustentando a nulidade da venda. O que acontece a C, adquirente de boa fé? A consequência jurídica que aqui se aplica é esta: “Resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis.” Sendo reconhecido que nunca B comprou bem, que nunca adquiriu verdadeiramente a propriedade do imóvel, não poderia, portanto, vendê-lo a C, sendo, em consequência, nula a venda subsequente.

No campo do direito civil é assim, mas no direito processual dá-se o seguinte: A promove processo contra B, demonstrando a nulidade da venda, e quando quer fazer a execução para obter a volta do bem vem a saber que ele foi vendido a C. Até que ponto C, terceiro, deve reconhecer a decisão que anulou a venda, como verdadeira, como exata e justa? E’ um problema muito difícil de resolver, porque de um lado seria injusto pretender que A fizesse uma segunda vez a demonstração da nulidade, depois de já ter uma sentença que reconheceu o seu direito, mas seria também injusto em relação a C estender-lhe a coisa julgada, porque há sempre a possibilidade de que B se defendesse mal e talvez mesmo tenha havido conluio entre A e B com o intuito de lesar C mediante uma decisão fraudulenta. A solução que eu sustento é justa: esse terceiro, C, é atingido e alcançado pelos efeitos dessa sentença de anulação, ela vale também para ele, mas com um limite, ele poderá sempre mostrar que a sentença é injusta, que a anulação deve ser declarada improcedente, que o ato da venda deverá ser reconhecido como válido.

BIBLIOGRAFIA

JUAN CARLOS REBORA, *Instituciones de la Familia*. — Tomo I. *Reseña historica. Crisis. Reconstruccion*. — Tomo II, *El matrimonio (Elementos; estructura; derechos y deberes personales; conflictos)*. — Editorial Guillermo Kraft Ltda. — Buenos Aires.

Assim que se instalou, na República Argentina, a ditadura militar, que ainda ali perdura, e a Universidade contra ela se manifestou, os seus professores, em Buenos Aires como em Cordoba, em La Plata como em Tucuman, se viram afastados de suas cátedras, alguns dêles exilados. Entre aquêles, destaca-se JUAN CARLOS REBORA, que foi presidente da Universidade de La Plata e seu professor emérito, jurista dos de maior quilate. Não quis êle, quando ultimamente o govêrno resolveu reintegrar os professores, retornar a sua cátedra. "Yo", escreveu-me êle, "*yo no seré de los que vuelvan. Estoy resuelto a concentrar mis esfuerzos en la labor del escritor. Pienso que dentro del agitado ambiente que nos ha deparado la gran crisis que vamos atravesando, ese es uno de los medios que todavia nos quedan, para dejar obra*". E essa obra, essa grande obra, a acrescentar-se à bagagem jurídica do eminente jurisconsulto argentino, exemplar humano que dignifica a raça, começa a sair do prélo.

Se, em verdade, é de lamentar que o eminente professor universitário se veja afastado da cátedra, que tanto elevou, essa lástima de certo modo se desvanece com a continuidade de seu ensinamento doutrinário na obra a que está a consagrar todo seu devotamento de sociólogo e de homem, chefe de familia ilustre por todos os titulos. As *Instituciones de la Familia*, cujos primeiros tomos acabam de se editar, não encerram estudo monográfico, mas constituem tratado dos mais alentados até agora escritos na América sôbre o assunto magistral. Divisa-se nelas o complemento, apurado pelo estudo e pelo tempo, do que, em 1926, se condensou em *La familia* e, em 1938, em *La familia chilena y la familia argentina*, havidos como simples ensaios.

Depara-se, como de estilo, na primeira parte do primeiro volume, a resenha histórica da familia, desde a época patriarcal à cristã, cabendo longo capitulo sôbre ela nestas terras da América, seu descobrimento e conquista. A emancipação politica e a organização nacional das colonias espanholas ensejam o estudo de largos problemas correlatos com o da organização da familia, formando o quadro em que ela se contém e desenvolve-se, sob o influxo da politica imigratoria e dos cultos dissidentes. Relações patrimoniais, o pátrio po-

der, a filiação natural, as instituições hereditárias, a posição da mulher na sociedade, que a ordem política estabelece, são assuntos examinados com argúcia de historiador e de jurista sociólogo. Na segunda parte, a dos movimentos e perspectivas, capítulos se consagram ao ciclo evolutivo, sob a égide das doutrinas individualistas de igualdade e liberdade, a que se sobrepõem as circunstâncias da ordem econômica, tanto a propósito da emancipação da mulher, quanto da sua intervenção no labôr industrial, de que ela passa a coparticipar, exigindo o estatuto da mulher, em geral, e da mulher casada, em particular. A questão do divórcio com efeitos resolutivos do vínculo conjugal e a premência das leis eugênicas capitulam-se entre os assuntos relevantes, abrindo ensejo para o exame do problema hodierno da crise da família, em seus diversos aspectos, mercê de programas revolucionários, sobretudo expressivos. O pseudo paganismo. As dificuldades econômicas das famílias numerosas. O maltusianismo. A esterilização por efeito das doutrinas raciais. Tudo isso leva o tratadista a esboçar o critério reconstutivo, em páginas vivazes de exposição e de crítica. A terceira parte do livro é a da reconstrução, em que se passam em revista, em capítulos sucessivos, as constantes da ação transformativa, as forças coesivas e sua proteção pelo direito, o resguardo da afeição e do vínculo por via de soluções diretas, concurrentes. O recinto familiar e o albergue familiar pela propriedade intransmissível e inimbargavel abarcam matéria palpitante.

Dêste rapidíssimo relato se infere que se não cuida de simples comentário de textos legislativos, examinados à luz da doutrina e dos arestos dos tribunais. A obra é de maior amplitude, assim do ponto de vista do direito argentino, como do direito comparado. Os vários temas apresentam-se na pluralidade de seus aspectos, com largueza de vista e de observações, provocadas, sobretudo, pelas circunstâncias atuais da Argentina, submetida a um governo de força.

Encerrando o volume, escreveu o autor que a grande republica sulina ha de conquistar sua própria estrutura jurídica. Chegará, se se proferir, a reconquistá-la. Num ou noutro caso, não a alcançará senão depois de haver padecido profunda transformação moral. Ser-lhe-á necessário reanimar o culto, na ara do direito; ser-lhe-á necessário afirmar seu respeito pelo homem; ser-lhe-á necessário afinar suas percepções, de molde a passar junto da sensibilidade, sem desgarrá-la, junto a afeições, sem feri-las. Terá que volver amplamente à solidariedade no espaço, subsistente muito além do capricho das eras, e á solidariedade no tempo, que confunde o efêmero que passa com o efêmero que se foi. Terá que reconstruir:

que reconstruir enquanto constrói e pensa que constrói. Com perseverança; com abnegação; com humildade. Sobretudo, com humildade. Pois o orgulho jamais cimentará obra alguma que mereça perdurar. A Argentina chegará a sua estrutura jurídica adequada. Chegará a reger-se por normas que lhe assegurem os bens correspondentes a elevados índices alcançados por certas fórmulas esclarecidas de atividade civil. Chegará a ser, enfim, o que a privilegiada fantasia dos seus formidáveis precursores apregooou e vaticinou. Mas somente poderá chegar a isso pelos caminhos em que floresce o respeito do homem pelo homem, pelos caminhos em que igualmente florescem os sentimentos de família.

Assim falou o tratadista, no primeiro volume.

Compõe-se de tres partes o segundo. Elementos, estrutura, estabelecimento e jurisdição formam a primeira, desatada em quatro capítulos. Generalidades. Requisitos e celebração. Sustentação da estrutura do casamento. Estabelecimento, jurisdição e dissolução. Examinam-se, na segunda, os efeitos do matrimônio, em dois amplos capítulos: um, sobre as consequências da unificação do casal; outro, sobre os deveres e direitos pessoais dos cônjuges. A terceira parte, a dos conflitos entre os cônjuges, desdobra-se em cinco capítulos, deparando-se, no primeiro, a parte introdutória. E' o segundo o das causas do divórcio ou de separação, em geral e em particular. Refere-se o terceiro ao processo. Historia o quarto as tentativas instituidoras do divórcio a vinculo. Contém o quinto a matéria de direito internacional privado.

Esse é o esquêma.

O rechêio condiz com a erudição do tratadista, que não se livrou das canceiras peculiares a trabalho de tal porte. Inexiste problema matrimonial que não tenha sido examinado com profundidade e resolvido com sabedoria. Nota-se, em tudo, o alto pensamento do escritor. Nem sempre se serve da linguagem sêca dos juristas. Eleva-se, a discursar como prosador. Não compreende êle a unidade do casal sem a abnegação e a renúncia. Os pobres de espirito não sabem renunciar, não sentem o prazer do dominio dos seus próprios instintos. Uma e outra, escreveu, que sempre foram manifestações de elevada espiritualidade, só excepcionalmente se mostram espontâneas e congênitas. O mais comum é que sejam fruto da vitória sobre o próprio temperamento, cuja realidade, de outra parte, é apenas coercível, de tal modo que o triunfo cotidiano seja trazido da luta que se travará, em seguida, com probabilidades de afirmações, que se tornarão mais claras, à medida que se esqueçam episódios, mas, de todo modo, com debates, desprendimentos e desgastes. E como em toda briga muito poderão os poderes

circundantes; muito poderão, para animar ao protagonista, fortalecê-lo e encandescê-lo; muito poderão, com efeito, para aplacá-lo e dissuadi-lo, ou extraviá-lo; um será, entretanto, o tom das ações onde imperem o amor ao próximo e o dever moral, e outro, diferente, onde o capricho se converta em guia e a violência se transforme em lei.

Assim deve ser, com efeito, na sociedade conjugal, como na sociedade inteira. E' indispensavel que o homem e a mulher, que se conjugam pelo matrimônio, disputem a sua felicidade. Só é feliz quem o quer ser. Só é feliz quem sabe desejar apenas o que pôde obter ou é capaz de realizar. Não queira nenhum por egoísmo viver a sua própria vida. Viva a sua vida em comum, que ela é farta de prazeres e de recompensas. Por isso, escreve o tratadista, o direito do "viver sua própria vida" é a reação desenfreada do filho pletórico contra o avô claudicante e achacado; é a proposição do parvulo, depositado em mãos mercenárias, a trôco de brilhar e de rir; é o derramar-se pelas ruas e pelos campos, para injúria do lar. E' o gôso. E' a avidez. E' a incontidência. E' o barregão. E' a barregã. Em definitivo, é a catástrofe.

Tal tem acontecido porque nem todos conseguem dominar-se. Separam-se. E vale relembrar o pensamento de MARCO AURÉLIO. Nenhum ramo pôde ser cortado de outro ramo, sem ser cortado da árvore. Igualmente, o homem separado de outro homem é separado da comunidade inteira. Se, porém, o ramo é separado por alguém, o homem é que se separa de seu próximo, tomando-lhe ódio e aversão, na ignorância de que se separa de toda a comunidade. Recebeu êle de Deus, todavia, um privilégio; é que nos é permitido, de novo, unirmo-nos ao nosso visinho e retornarmo-nos partes do conjunto. Se, pois, essa separação inumeras vezes se repete, a união, para o que se separa, é mais difficil de refazer e de estabelecer-se. Somado tudo, o ramo que sempre cresceu com a arvore e continuou a respirar com ela, não é comparavel àquele que, após se haver dela separado, foi nela de novo enxertado, como dizem os jardineiros. E' preciso crescer com o mesmo trônco, embóra não em conformidade de opinião.

Talvez seja por isso que os evadidos do casamento, a êle retornam, pôsto em outras circunstâncias e com outro cõnjuge. O fato vem se repetindo, por causa dos conflitos conjugais. Reclama o professor argentino, dado o interesse social, que ele envolve, uma justiça social, que os resolva, limitando os instintos irrefreidos e os caprichos malsãos dos que não logram dominá-los, de molde a serem mais úteis à familia, ou seja à sociedade.

Demonstram estas considerações a amplitude da matéria, que *Instituciones de la Familia* abarcam, tanto no juridico, quanto no so-

cial. Nelas se colocou o casamento em altiplano. O matrimônio, nelas se lê, o matrimônio, organizado pela lei argentina, é semelhante ao que acumulou seus caracteres sôbre a base da comunicação da religião, quanto à divindade, e do direito, quanto às instituições legisladas pelo homem, tal como essa comunicação foi concebida pelos jurisconsultos romanos, traduzida no *consortium omnis vitae*; semelhante à do direito canônico, que logrou melhorar o conceito romano, atribuindo maior decôro e dignidade à situação da mulher; e semelhante, dessarte, à dos corpos de direito, que, como o argentino, e, também, o brasileiro, é de acrescentar, receberam do romano e do canônico a respectiva imagem fundamental.

Nos dias amargos, que a humanidade atravessa, de destruição das mais eminentes instituições criadas pelo labôr dos séculos, e a família é das que mais têm sofrido, louvores merecem os que se propõem defendê-la e fortalecê-la. A emprêsa, que JUAN CARLOS REBORA tomou sôbre si e tão brilhantemente iniciou, é das mais difíceis, mas também das mais construtivas e consoladoras. Para levá-la a cabo não lhe falta engenho. Nem arte. Muito menos a serenidade dos que costumam trabalhar contínua e eficientemente, no firme proposito de concluir o programa traçado.

W. F.

ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO, *El impedimento matrimonial de enfermedad (Matrimonio y eugenesia)* — Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, 1944.

Promulgando-se a lei instituidora do casamento civil, pelo dechr. n. 181, de 24 de janeiro de 1890, estabeleceu-se nóрма salutar, no art. 20. “Os páis”, nêle se dispunha, “os pais, tutores ou curadores dos menores ou interditos poderão exigir do noivo ou da noiva de seu filho, pupilo ou curatelado, antes de consentir no casamento, certidão de vacina e exame médico, atestando que não tem lesão que ponha em perigo proximo a sua vida, nem sofre molestia incuravel ou transmissivel por contágio ou herança”. Previu o govêrno provisorio da primeira republica brasileira, dessarte, problema, que então se esboçava, mas ainda não alcançara prestigio para firmar-se, tanto mais que cuidara êle de implantar o casamento civil, onde imperava o religioso.

Não se erigiu, por aquela fórmula, impedimento nupcial. Estabeleceu-se, como observou LUDGERO ANTONIO COELHO, ao comentá-lo, “apenas medida de prudência e precaução, em beneficio immediato dos menores e interditos e mediato da sociedade”. Outorgou-se

apenas faculdade de páis, tutores ou curadores, afim de opôrem-se ao casamento de seus filhos, pupilos ou curatelados, sem que isso pudesse consistir impedimento legal ao enlace projetado. Sendo assim, concluiu, “cumpre às pessoas interessadas no bem estar fisico e moral dos individuos, que lhes são subordinados por direito natural e civil, o dever immediato de procurarem obstar por todos os meios possiveis que se exponham êles a uniões matrimoniais, que fatalmente prejudicarão ao seu bem estar fisico, a sua saude, e a de seus filhos e futuros descendentes. Ao Estado, por seu turno, como agremiação de familias, assiste o dever mediato de, por meios suasórios e indiretos, procurar também evitá-las, em beneficio do interêsse da coletividade social”.

Estava o grande problema posto em linhas longinquoas e assim ficou êle por largo tempo, a despeito do sugestivo preceito de lei, que o anteviu. Campanhas se fizeram, esporadicamente, pela imprensa, pelas revistas e pelo livro, focalizando-o e reclamando a intervenção direta do Estado. Explodiram no Parlamento. Projetos surdiram, estabelecendo a obrigatoriedade do exame pré-nupcial, que constituiu objeto de interessante dissertação de concurso para a livre docência de medicina legal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1927, a que se candidatou A. DE ALMEIDA JUNIOR, hoje catedrático daquela disciplina. Opinou êle pelo exame médico antenupcial por persuasão.

Versou o assunto, com largueza de vistas, TEODOLINDO CASTIGLIONE, em 1942, em monografia pioneira — *A eugênia no direito de família*.

Na Argentina, no ano seguinte, publicou-se a *Eugenia juridica y social (Derecho Eugenio Argentino)*, de CARLOS BERNALDO DE QUIRÓS, a que vem de acrescer-se o notavel tratado de ENRIQUE DIAZ DE GUIJARRO — *El impedimento matrimonial de enfermedad (Matrimonio y eugenesia)*. Tése para obtenção do gráu de doutor em jurisprudência pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, recomendada ao prêmio “Facultad” pelo tribunal examinador, composto dos professores SALVADOR FORNIELES, CIRILO PAVÓN e ADELQUI CARLOMAGNO, salienta-se pela amplitude, largueza e superioridade com que examinou o assunto.

Dividida em duas partes, geral uma, especial outra, na primeira, a do regime do impedimento de enfermidade, capitulam-se a aptidão fisica nupcial, os fundamentos do impedimento de enfermidade, a enfermidade como causa de opposição ao matrimonio, a enfermidade como vicio do consentimento, a enfermidade como impedimento no direito argentino, a enfermidade como impedimento no direito comparado e a valorização e perspectivas do impedimento. Capítulos se deparam na parte segunda, a do regulamento e prática do certi-

ficado pre-nupcial na Republica Argentina, sôbre o poder regulamentário da lei n. 12.331, sôbre seu regulamento e interpretação administrativa na ordem nacional, tanto quanto na provincial, encontrando-se ainda o da análise das exceções criadas por via regulamentária e administrativa. Em apêndice, trata-se do ensino da eugenesia nas universidades argentinas e transcreve-se o texto da lei sobre o certificado antenupcial no Paraguai.

O trabalho é, como o sumário o indica, completo. Ademais, escrito com metodo admiravel e com clareza. Nêle, defende o jurista a instituição da enfermidade como impedimento legal do casamento. Não cuidou apenas de organizar os conceitos e de desenvolvê-los como de instituto juridico de direito privado, com seus caracteristicos particulares e próprios. Revelou, com elementos colhidos por sua observação pessoal, como, na Argentina, se executa a lei do certificado antenupcial. Juntou à teoria a prática, para que o impedimento de enfermidade, núcleo do direito eugenésico, se converta em corpo harmônico e cabal, advertindo da função juridicamente secundária do certificado prenupcial, que não é mais do que meio de prova da aptidão fisica para o consórcio.

A obra é, por tudo isso, da mais alta valia.

W. F.

MIGUEL SCOLNI, *Inutilidad, Peligrosidad y Nulidad de la Cláusula de Prórroga Automática en los Contratos de Sociedades Comerciales*. — Editorial Ilustracion Rioplatense. Buenos Aires, 1945.

Tornou-se comum, nos contratos de sociedades mercantis, a prazo curto, a cláusula de sua prorrogação automática. Quase nenhuma se encontra em que ela se não depare. Raro não é, efetivamente, que, ajustada sociedade por dois ou três anos, se finde o prazo sem que os sócios se lembrem de prorrogá-lo. Converte-se ela, nessas condições, em sociedade de fato, de ilimitada e solidária responsabilidade de todos os sócios, ainda quando de responsabilidade limitada de todos ou alguns. As surpresas que disso têm resultado são inúmeras e, não poucas vezes, de irremediáveis prejuizos.

Afim de evitar essa situação, nos contratos se ha estipulado que se, por exemplo, até trinta dias antes do termo estipulado nenhum dos sócios, judicialmente, senão por carta transcrita no copiador ou remetida por via do cartório do registro de titulos e documentos, não manifestar aos demais sua deliberação expressa de que o prazo

se não prorogue, prorrogado fica êle automaticamente, por igual tempo, vigorando os contratos nas mesmas condições.

Já se contestou a validade de pacto de tal natureza, e a Côrte de Cassação de Roma, por decisão de 17 de abril de 1935, publicada na *Rivista del Diritto Commerciale*, de Milão, vol. XXXIII, 2.^a parte, pág. 629, deu pela invalidade da cláusula.

Levanta-se a controvérsia agora, na excelente monografia que nos chega de Buenos Aires, da autoria de MIGUEL SCOLNI, em que ela é estudada em seus vários aspectos. Deu o eminente jurista pela inutilidade, pelo perigo e pela nulidade daquela cláusula, consagrada já por uso mercantil intenso e extenso das praças brasileiras. Funda-se êle no dispositivo do art. 424 do código argentino do comércio, mercê do qual “las sociedades no se entienden prorogadas por la voluntad presunta de los socios, despues que hubiere cumplido el término estipulado en lo contrato”. Confirma êsse texto a doutrina vencedora de que, com efeito, não explicitamente prorrogado, por escrito devidamente inscrito no registro do comércio, o prazo da sociedade, ela se dissolve de pleno direito, passando a funcionar como sociedade de fato, em que se transmuda. Não existe, pois, a prorrogação de fato. Tanto mais quanto, e no art. 307 do código comercial brasileiro está dito, “se expirado o prazo da sociedade celebrada por tempo determinado, esta tiver de continuar, a sua continuação só poderá provar-se por novo instrumento, passado e legalizado com as mesmas formalidades que o da sua instituição”.

Não sufraga o dispositivo da lei brasileira, como não o apoia o da argentina, o argumento de que, em face de um ou de outro, a prorrogação do prazo social deve fazer-se por novo contrato. Não o sufraga porque, inserta, no contrato social, a cláusula de sua prorrogação automática, o prazo não chega a termo sem que se verifique a condição, a que se êle subordina, qual, por exemplo, a da manifestação expressa, em contrário, dos demais sócios. Se o prazo se subordina a evento futuro e incerto, da natureza da condição suspensiva; e se o evento é, na generalidade dos casos, a manifestação unilateral da vontade de qualquer dos sócios — desde que esta se não exprime, pela fórmula prevista, o prazo não chega a termo. Prorroga-se. Não se prorroga automaticamente, como se bem dito, com alguma impropriedade jurídica, mas sugestivamente. Prorroga-se por efeito da condição suspensiva do termo ajustado no contrato primitivo. Não chega, portanto, a vencer-se o prazo, mesmo porque, e a regra de direito se acha no art. 1.401 do código civil brasileiro, “se a sociedade se prorrogar depois de vencido o prazo do contrato, entender-se-á que se constituiu de novo; se dentro no prazo, ter-se-á por continuação da anterior”.

Mêrce da cláusula de prorrogação automática, o prazo não se vence na epoca designada senão quando o evento, ou seja a manifestação de vontade de qualquer dos sócios se dá no tempo e pela fôrma pactuados. No silêncio, a sociedade continúa, para bem de todos, nisso previamente acordados. Não ha necessidade de novo contrato prorrogatório.

Desenvolvendo doutrina oposta, a monografia de MIGUEL SCOLNI, nem por isso, é destituida de méritos, pois êle argumenta vigorosamente e ela, por outros títulos, é digna de leitura e apreço.

W. F.

ROBERTO GOLDSCHMIDT, *La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima. — Dis-tribuidor, Depalma. Buenos Aires, 1945.*

Se o problema da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é dos mais complexos, nem por isso tem deixado de ser disciplinado pela lei e examinado pelos juristas. Examinou-o ROBERTO GOLDSCHMIDT, chefe especial de investigações do Instituto de Direito Comparado da Universidade Nacional de Córdoba, em trabalho escrito para o Boletim da Faculdade de Direito da Universidade daquela provincia argentina, de que se separou o opusculo de que se trata. Estudou-lhe o fundamento juridico e examinou-o em face do direito comparado. Encarou o problema da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, para com os credores sociais e para com terceiros, compreendidos os acionistas particulares, tanto em face do direito alemão, como do francês, do italiano e do suíço. Não escapou ao comentário do autor, embóra mui rapidamente, a lei brasileira do anonimato.

Tocou êle em pontos de sùma importância, terminando por focalizar a tendência de tutelar o acionista contra o perigo do conluio entre os administradores e a maioria da assembléia geral. Incompreendem-se, realmente, administradores que por esta não sejam eleitos e não fruam da confiança desta, dado que esta pôde demittilos, até sem referência de motivo, quando isso lhe convenha. O natural, o comum é, dessarte, que a maioria esteja sempre de acôrdo com os administradores. Pareceu-lhe, no entanto, solução muito unilateral e pouco flexível excluir, por tal perigo, completamente, o poder da assembléia geral de renunciar ou de transigir sobre os direitos da sociedade contra os administradores, sem que tenha importância, a tal respeito, que os administradores hajam violado a lei e os estatutos ou contravindo, de outra maneira, a suas obrigações *ex-mandato*, pois que, muitas vezes, as últimas violações podem

ter caráter mais grave que as primeiras. Assim, acrescentou, o que a minoria não deve tolerar é que a resolução correspondente seja tomada em razão de interesses da maioria, estranhos à sociedade. Nesse caso, o exercício do direito de voto constitui abuso, pois o direito de voto se confere ao acionista para proteger seus interesses “na” sociedade e os acionistas da minoria podem opôr-se à deliberação da assembléia geral.

Eis o ponto nevrálgico da questão. O que cumpre é, realmente, pôr a salvo os direitos dos acionistas em minoria contra a prepotência da maioria, na assembléia geral. Tem esta, com efeito, poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgue convenientes à defesa desta e ao desenvolvimento das suas operações. Quem, porém, decide do que seja conveniente ao interesse da sociedade é a própria maioria. Mas não raro sob a capa daquêle interesse se ofende o dos acionistas em minoria. Demais não é, pois, que, em casos especiais, possa a minoria, ou qualquer dos acionistas, insurgir-se contra a deliberação majoritária, por contrária à lei e aos estatutos. E que possa investir-se de representação da própria sociedade, agindo a bem dela e, dessarte, também em seu interesse próprio.

Nessa corrente de idéias, sugeriu ROBERTO GOLDSCHMIDT a utilidade de sancionar-se expressamente, em eventual reforma do código do comércio ou da lei societária, o principio de considerarem-se como contrárias à lei as deliberações da assembléia geral quando o exercício do voto, por parte da maioria, constitua abuso manifesto do direito de voto.

Mas não haverá senão completar o pensamento, outorgando ao acionista o direito de, em caso semelhante, pleitear a nulidade da deliberação majoritária.

Tem cincoenta páginas o opusculo, mas ha nelas muito que aprender e que discutir, tal o ponto de vista em que se coloque, mercê da complexidade do problema.

W. F.

AGUSTÍN VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*. — Dois tomos. Tip. La Acadêmica F. Martinez. Saragoça, 1944 e 1945.

Adquiriu AGUSTÍN VICENTE Y GELLA, professor catedrático de direito mercantil na Universidade de Saragoça, Espanha, merecido conceito no mundo jurídico brasileiro, pelo seu pequeno volume —

Introducción al Derecho Mercantil Comparado, editado pela Editorial Labor, S. A. Vulgarizou-se o admiravel livro entre os universitários e trabalhadores do fôro.

Esgotadas suas edições, tratou o autor de reeditá-lo; mas, nessa emergência, encontrou-se na necessidade de ampliá-lo não apenas para o preenchimento de deficiências anotadas, senão também para referir-se a pontos mais salientes do evoluer, certamente fecundo e infenso, do direito comercial nos últimos anos, assim na ordem doutrinária como, e principalmente, na legislativa.

Resultou dessa faina o *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, cujos dois tomos acabam de ser-nos enviados e que, posto havidos como quarta edição do livro anterior, se apresentam como obra nova, a despeito do muito daquêle reproduzido. Ademais do titulo introdutório, o primeiro tomo trata do conceito e historia do direito mercantil, seguido da parte geral, que constitúe o titulo primeiro, sendo de maior âmbito o titulo segundo. Abrange o comerciante e seus auxiliares. A condição de comerciante. O comerciante individual. A sociedade mercantil em geral. Sociedades coletiva, comanditária simples e de responsabilidade limitada. A sociedade anônima e a comanditária por ações. As sociedades de capital variavel. As sociedades civis e as estrangeiras. A transformação, fusão, dissolução e liquidação das sociedades. Emprêsas de ferrocarrís e de seguros. Companhias de armazéns gerais de deposito. Emprêsas de crédito. Bancos. Mediadores. Obrigações profissionais do comerciante. A representação mercantil. No titulo terceiro, das coisas em direito mercantil, examinam-se as coisas mercantís, os titulos de crédito, os titulos nominativos, os titulos à ordem, a letra de câmbio, a nota promissoria, o chéque e os titulos ao portador.

O segundo tomo contém três titulos: o quarto, das obrigações mercantís; o quinto, do comércio marítimo e aéreo; e o sexto, da suspensão de pagamento e de quebra. No primeiro, tratou da obrigação mercantil em geral e, a seguir, dos contratos. Dos preparatórios, como a comissão e a associação em conta de participação, no que reside originalidade. Esta sociedade, porque o é, tem sido, entre nós, tratada como tal e não como simples contrato de participação de lucro. E dos contratos principais. A compra e venda. A conta corrente. O empréstimo e o depósito, assim o empréstimo mental, como o depósito bancário. Operações de Bolsas. Operações de bancos. Contrato editorial. Contrato de representação de obras cênicas. Direito cinematográfico. O transporte. O contrato de seguro. Os contratos acessórios. As obrigações mercantís extracontratuais.

O título quinto esplanava o comércio marítimo e aéreo, não, porém, unificados, como o fez o relator desta nota no quarto volume das *Instituições de Direito Comercial*. Esgota-se a matéria em sete capítulos. O do direito marítimo e o aéreo. O do navieiro ou armador e seus auxiliares. O dos contratos de fretamento. O do empréstimo de dinheiro a risco ou câmbio marítimo. O dos seguros marítimos. O das avarias, abalroamento e assistência no mar. E o do comércio aéreo. Coube ao direito aeronáutico parte mais resumida, a despeito de identidade dos institutos de navegação marítima e de aérea, que merecem estudo entrelaçado, tantas as suas semelhanças, maiores que as dissemelhanças.

Não muito extenso é o título sexto, de suspensão de pagamentos e a quebra. Cuida-se, num primeiro capítulo, das chamadas situações intermédias da quebra, como a insolvência e suas classes, e a suspensão de pagamentos no direito espanhol. Diz o segundo capítulo dos pressupostos para a declaração de falência e dos seus efeitos. Examina o terceiro os elementos pessoais e patrimoniais da quebra. As soluções do juízo falimentar formam o capítulo quarto, a saber: a conclusão da falência, o convênio do falido com os seus credores, a liquidação da quebra e a reabilitação. O capítulo quinto é o da falência das sociedades mercantis.

O que, sobretudo, ressalta nestes dois interessantes volumes é a sua atualidade, assim no concernente ao direito espanhol, como no tocante ao direito comparado. A obra é magnífica, no fundo e na forma, abrangendo os institutos do direito mercantil contemporâneo, em suas generalidades e no seu particularismo.

Toda a sua matéria se encontra assaz desenvolvida, posto que concisamente exposta, sem excessos de transcrições doutrinárias e jurisprudenciais, tão características das obras jurídicas dos últimos tempos, na Europa, como na América.

A exposição é sempre lúcida e segura, refletindo a alta competência do jurista eminentíssimo.

W. F.

EDUARDO J. COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimento Civil*. — Impressora Uruguiaia, S. A. Montevideo, 1945.

Os códigos têm suas épocas. Basta que em um país se alterem os seus para que nos outros repercuta o labôr doutrinário e legislativo. Tem sido assim com os códigos processuais. Desde que, na

Itália, se cuidou de reformar a lei processual, idêntico movimento operou-se em muitos países. A pregação de GIUSEPPE CHIOVENDA, que ganhou a primazia dentre os processualistas contemporâneos, fez prosélitos em toda a parte. Encetou-se a era da chamada oralidade processual. Urgia estabelecer a jurisdição única, para a concentração do processo, reforçados os poderes do juiz da causa, como instrutor e judicante. Simplicidade. Modernismo. Debate oral da matéria da litiscontestação, pelo juiz circumsrita.

Sob a égide dêsses e outros princípios, promulgou-se, pelo decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, o código do processo civil brasileiro, orientado pelos princípios do oralismo. Salientou-o a exposição de motivos governamental, em termos que não perdem em ser relembrados,

“O principio da concentração dos atos do processo é um dos postulados do sistema oral. No processo tradicional os atos do processo se vão desenvolvendo no tempo à medida da iniciativa das partes. O processo tradicional é essencialmente dispersivo e caótico. Quando os atos do processo chegam ao conhecimento do juiz, já medeia um largo tempo entre o momento em que foram praticados e o em que o juiz vai apreciá-lo. O principio da concentração imediatiza o contacto do juiz com o processo e exige que todos os atos e incidentes ocorridos na mesma audiência sejam objeto de solução imediata por parte do juiz. As atividades processuais desenvolvem-se em uma ou mais audiências tão proximas quanto possível umas das outras, de maneira que a decisão sobrevenha quando ainda não se apagaram no espirito do juiz as impressões e o interêsse que lhe haja despertado o curso do processo.

“O principio da concentração completa, ainda, a indispensavel situação do juiz relativamente à prova, tornando a formação desta mais favoravel a uma justa e adequada apreciação por parte do juiz.

“O principio que deve reger a situação do juiz em relação à prova e o da concentração dos atos do processo postulam, necessariamente, o principio da identidade fisica do juiz. O juiz que dirige a instrução do processo ha de ser o juiz que decida o litigio. Nem de outra maneira poderia ser, pois o processo, visando a investigação da verdade, somente o juiz que tomou as provas está realmente habilitado a apreciá-las do ponto de vista do seu valor ou da sua effcácia em relação aos pontos debatidos.

“Estes os caracteristicos fundamentais do processo oral”.

Tanto que se começou a executar a nova lei processual, entraram em conflito a realidade e o imaginado. Nas comarcas provincianas, de movimento forense escasso, a nova formula processual ainda deu

resultado, quanto à rapidez. Inumeras ações se propuseram e julgaram-se em poucos meses, algumas até em poucos dias, quando não realizadas diligências e provas em outras comarcas. Nas de grande movimento, como nas grandes capitais, assim não foi. Até ao despacho saneador, tudo correu, mais ou menos, rapidamente. Proferido êle, viram-se os juizes na emergência de designar para daí a dois, três e mais meses a audiência de instrução e julgamento. Convertida esta em diligência, pela impossibilidade de produzirem-se as provas no mesmo dia, o adiamento somente poderia fazer-se para dois ou três meses, porque designados os dias subsequentes para audiências de instrução e julgamento de outras ações. Quebrou-se, pois, com o principio da concentração processual, de um lado; de outro, e não poucas vezes, com o da identidade física do juiz, por promovidos ou removidos, senão mesmo por licenciados.

Terminadas, na audiência de instrução e julgamento, as provas, deveriam fazer-se os debates orais. Para isso faltou, na generalidade dos casos, o ambiente necessário. Salas apertadas, cheias de mesas e de gente estranha ao processo. Vozerio. Cansaço do juiz. Cansaço das partes e dos seus advogados, empenhados, horas a fio, na inquirição e reinquirição de testemunhas e, principalmente, na redação dos depoimentos, sob ditado do juiz e por elas fiscalizado. Não raro o juiz intervinha nos debates, restringindo as exposições dos advogados, principalmente quando predominava a questão jurídica a decidir, muito mais que a de fato. Depois disso tudo, ou êle retirava do bôlso a sentença, que proferira antes da audiência de instrução e, pois, sem o conhecimento da prova produzida e sem o debate oral, desprezando tudo, como se fôra inteiramente inútil, e a lia, determinando que se transcrevesse no respectivo termo; ou, por se não julgar habilitado a decidir a causa, designava, desde logo, outra audiência, realizada dentro de dez dias, muitas vezes prorrogados, afim de publicar a sentença.

Esta foi a prática que se generalizou, acarretando outra — a da suspensão do debate oral, por preferirem os advogados das partes apresentar memorial escrito, desenvolvendo a matéria em face da prova já produzida e apreciando-a em seu aspecto jurídico, afim de facilitar ao juiz seu julgamento.

Nisto consiste a oralidade do processo no fôro brasileiro. Todo êle é escrito. A inicial. A contestação. A prova testemunhal e a documental. As alegações das partes. A sentença.

Refórmias parciais tem sofrido, por isso mesmo, e inúmeras, o código processual brasileiro. Outras virão, certa e necessariamente. Muito ha nêle de magnifico. Não pouco reclama melhoría e acerto.

Estas considerações desatam-se a propósito do projeto de código de processo civil para a República Oriental do Uruguái, que acaba de apresentar ao govêrno de seu país o sábio processualista EDUARDO J. COUTURE, professor catedrático da disciplina na Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Montevideo. Na longa e sugestiva exposição de motivos, com que o antecedeu, salientou logo não ser nenhum código obra acadêmica, mas política, que não tem por finalidade consagrar princípios de cátedra, mas solucionar os problemas que a realidade social, econômica, cultural e ética apresenta ao legislador. Nenhuma lei processual, por isso mesmo, será eficiente se elaborada com desprezo das circunstâncias locais do país em que deva vigorar, senão mesmo das regiões do mesmo país em que deva aplicar-se. Referindo-se ao processo oral, já existente em seu país, disse dêle não passar de farça, para a qual se levam as exposições escritas: e quando isso não acontece, o juiz, as partes, os advogados e as testemunhas têm por missão penosa a de esperar que o escrevente termine de copiar o que um dêles dita. Para seguir assim, concluiu, mais vale suprimir, duma bôa vez, a farça, e ir diretamente ao juízo escrito.

Explicou:

“Esta observação é exata; mas corresponde a razões especiais. A oralidade não se constitui somente do predomínio da palavra falada sôbre a escrita. Muitas outras soluções técnicas são necessariamente complementares da exposição oral. As mais importantes são: a concentração processual, ou seja a reunião, em brêve espaço de tempo, de todos os atos necessários para concluir-se o processo; a identidade do juiz, ou seja que o mesmo magistrado dirija o processo desde seu começo até sua conclusão; a irrecorribilidade das interlocutórias, isto é, a circunstância de não dispersar o material de conhecimento e de não dividir em etapas o juízo, com bruscas interrupções do recurso”. Tais os princípios necessários e indispensáveis da oralidade.

Isso posto, entrou o processualista a examinar o que representam o processo oral e o processo escrito do ponto de vista estritamente político legislativo, tanto mais que o sistema oral, já como cá, deu resultados incomparáveis no processo penal. Disso chegou a concluir que existem certos assuntos que são incompatíveis com o processo oral e se ajustam ao escrito.

Assim, ademais dos casos em que a lei expressamente determine o processo oral, os dispositivos dêste se aplicam aos seguinte casos: a) ações possessórias e de nunciação de obras novas; b) ações de alimentos, excetuadas as que se regem pelo código de menores e as pensões fixadas nos juízos de divórcio ou de separação de corpos,

facultado ao credor optar entre a competência e processos respectivos e os estabelecidos pelo código; c) ações de diminuição ou exoneração de alimentos; d) ações de acidentes do trabalho, ainda quando seja parte o Banco de Seguros do Estado; e) ações de cobrança de sôldos, salários, jornais, honorários e, em geral, toda prestação de dinheiro proveniente do trabalho humano, excluídos os submetidos ao regimento de custas, reclamáveis por via sumária, incidental ou de execução, conforme seja o caso; f) os conflitos individuais de trabalho, seja qual fôr sua índole.

As partes é dado acordarem-se em que o litigio se processe oralmente, prorrogando a competência do tribunal respectivo, qualquer que seja o montante ou natureza do assunto, salvo tratando-se de juízo inerente ao estado civil das pessoas.

Situou-se o projeto, como se vê, no meio termo, no tocante ao juízo oral, o que demonstra acerto e apêgo à realidade. Por outros aspectos poderia êle ser examinado, se esta não fosse simples noticia e o projeto não exigisse estudo mais atento e meditado.

Está êle assim estruturado:

1º, parte preliminar — regras gerais do processo:

- I, a jurisdição;
- II, as partes;
- III, os atos processuais;

2º, parte primeira — processos do conhecimento:

- I, juízo ordinário;
- II, juízo sumário;
- III, juízo oral;
- IV, juízo arbitral;
- V, jurisdição voluntária;

3º, parte segunda — processos de execução:

- I, execução provisória da sentença;
- II, execução por mandado;
- III, juízo executivo;
- IV, execuções especiais;
- V, execução de sentenças estrangeiras;
- VI, execuções coletivas;

4º, parte terceira — alternativas comuns a todos os processos:

- I, medidas de segurança;
- II, recursos;
- III, incidentes;
- IV, modos anormais de conclusão do processo.

Assim delineado, o novo projeto oferece muito que examinar e muito mais o que pensar. Não se esqueça ninguém, ao compulsá-lo, que se trata de labôr de técnico. Certa reserva provoca êste vocábulo, quâse sempre indicativo de homem especializado em certa arte e, por isso mesmo, de espirito contido dentro do âmbito de conhecimentos restritos, a ver o mundo através do ângulo do seu especialismo. Inadequado seria êle para dizer-se de jurista, que é conhecedor exímio de sua disciplina. Nem o seria se se contivesse dentro das estreitas comportas de tal ou qual província do conhecimento juridico. Ou êle é universal, porque a ciência do direito seja toda ela do seu saber, em face dos fatos sociais, econômicos e políticos; ou não merece o qualificado. Nesse sentido, o técnico em matéria jurídica não seria, nem será, jurista. E EDUARDO CONTURE o é, no mais amplo e no mais nobre sentido da palavra. Atestam-no os seus inúmeros trabalhos de doutrina e de politica do direito, cujo rôl o projeto de código de processo aumenta, acrescentando, ao mesmo passo, o renome de quem o elaborou.

W. F.

GABRIEL JOSÉ RODRIGUES DE REZENDE FILHO, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1 e vol. 2. — Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia. — São Paulo, 1944 e 1945.

Não se preocuparam muito os antigos e notáveis professores, que tão alto elevaram o renome da Faculdade de Direito de São Paulo, de elaborar compêndios por que os seus alunos estudassem as respectivas matérias. Estudava-se em livros francêses ou italianos. Raros foram os catedráticos que deixaram vestígios de seus ensinamentos, pois de bem poucos resta memória senão por postilas taquígrafadas e mal impressas das suas preleções, revistas ou não, mas que correram mãos, de turmas em turmas.

Da ausência e necessidade de compêndios têm-se agora noticia singular, com a recente publicação do livro de recordações de FRANCISCO DE PAULA FERREIRA DE REZENDE, que faleceu como ministro

do Supremo Tribunal, mineiro formado em São Paulo. Relatou êle, no seu livro interessantissimo, o que se deu com a cadeira de direito administrativo. Criada em 1854, devia ser lecionada em 1855. Coube sua regência ao Conselheiro JOSÉ INÁCIO SILVEIRA DA MOTA, então no apogêu de sua carreira politica e do magistério superior. Abertos os cursos, deu êle a cavaco inicial. E ficou nisso. As aulas se sucediam em gazetas do professor. Afinal, apresentou-se êle um dia e assomou à cátedra; com espanto para os estudantes, disse-lhes que “por maiores que tivessem sido os seus esforços, não lhe havia sido possível descobrir um único livro que pudesse servir de compêndio”; e, pondo a mão no bôlso, dele retirou um exemplar do *Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, asseverando que, por êle, isto é, pelo orçamento do Império, nêle publicado, é que a materia seria ensinada. O orçamento seria o compêndio. Foi um escandalo para os jovens estudantes o que o professor lhes dissera. Mas também êle não mais compareceu, afastando-se do exercicio da cátedra...

Anunciado que iria substituí-lo o professor e depois Conselheiro ANTONIO JOAQUIM RIBAS, bem se imagina a curiosidade que dos moços se apossou. Vale mais, a respeito deste incidente, dar a palavra ao memorialista, para que se tenha impressão do que aconteceu:

“Gozando de uma fama muito grande de talento, ninguem acreditava que êle pudesse recusar um tal encargo. Mas dois, três dias já se haviam passado sem que o homem apparecesse em aula e nós já começavamos a chasquear daquela tão grande intelligência engarrafada, quando no quarto dia êle se nos apresenta; e nos diz que debalde havia procurado um livro que nos pudesse servir de compêndio; mas que não sendo possível que por esse motivo se deixasse de estudar a matéria, êle se havia lembrado de organizar uns apontamentos que êle nos daria ou que êle nos iria dando para copiar; e que seriam êsses apontamentos os que teriam de servir de compêndio. Então tirou do bôlso os tais apontamentos; e desde então nô-los principia a ler e ao mesmo tempo a nô-los explicar. Quando a aula terminou, o homem estava conhecido e soberanamente julgado. Os seus apontamentos eram um verdadeiro primôr didático onde não se sabia o que mais se deveria admirar, se o método ou a clareza”.

Esses apontamentos, que tanto successo então fizeram, constituiram logo o compêndio official da matéria. Premiou-o o govêrno pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861. Abriu ensejo para que logo depois, em 1865, o Conselheiro FRANCISCO MARIA DE SOUZA FURTADO publicasse o seu *Excerto de Direito Administrativo Pátrio*, antecedido pelo do Conselheiro PRUDÊNCIO GIRALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL — *Direito Administrativo*, editado pela Livraria Laemmert, em 1859. O *Direito Administrativo Brasileiro*, do Conselheiro

RIBAS, editou-se em 1866. Seguiu-se-lhe, em 1884, o *Epitome de Direito Administrativo Brasileiro*, do Professor JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA.

Eis como a ausência de compêndio originou a publicação de trabalhos didáticos da cadeira de direito administrativo, que cessou depois do advento da República.

Na cadeira de processo também o mesmo aconteceu. Os professores da materia publicaram compêndios para melhor ensiná-la. E' impossível ensinar certos ramos de direito em livros estrangeiros. O constitucional. O administrativo. O penal. O processual. Dai os compêndios. E tratados, que se tornaram clássicos na literatura jurídica brasileira, até hoje não ultrapassados pelos modernos processualistas. Tornaram-se clássicos os livros do BARÃO DO RAMALHO, JOÃO PEREIRA MONTEIRO, JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR e AURELIANO DE GUSMÃO, da Faculdade de Direito de São Paulo, a que ha a juntar o nome de FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, o notavel professor da Faculdade de Direito de Recife, plêiade illustre de processualistas.

Seguindo o exemplo de seus predecessores, tomou sôbre si o professor GABRIEL DE REZENDE FILHO, atual diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a incumbência feliz de iniciar a publicação do seu *Curso de Direito Processual Civil*, aparecido em momento realmente oportuno.

Entrado em vigor o código de processo civil, promulgado pelo decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, que tão profundamente alterou o sistema processual brasileiro, introduzindo o processo que se convencionou chamar de — processo oral, tinha que modificar-se, necessariamente, o ensino da disciplina. Dificilmente um código ensaja a publicidade de tantas e tão volumosas obras como o código do processo, em tão curto lapso de tempo. Surgiram volumes e mais volumes de comentarios, dotados mais de intuito lucrativo do que de espirito científico. Abusou-se da curiosidade pública. E não se chegou a produzir, verdade se diga, muitos que merecessem o papel nêles empregado. Tudo foi apressado. Mas existem alguns magnificos, embôra poucos, que justificam os outros, em que reproduziram, quando não se limitaram a reproduzir, os textos do código, de diversas maneiras, transcrevendo ensinamentos de processualistas sôbre as velhas leis e julgados incondizentes com o espirito da nova lei processual. Foi um Deus nos acuda publicistico!

Diante de tudo isso, deliberou o professor GABRIEL DE REZENDE FILHO publicar as suas preleções de direito processual civil, para facilitar o trabalho dos seus alunos, atendendo aos insistentes pedidos dêstes. Explicando as razões que o levaram a publicá-las, escreveu o eminente professor:

“Este livro, portanto, não passa de um compêndio e nada mais pretende ser.

“Sem a preocupação de estudar, sob feição nova e minuciosamente, os institutos processuais, tive apenas o intuito de oferecer aos estudantes um trabalho didático, em que a matéria do programa é exposta metodicamente com o resumo da lição dos nossos maiores praxistas, a vulgarização da doutrina dos modernos tratadistas e o adequado comentário das nossas leis processuais”.

O *Curso de Direito Processual Civil*, com tanta modéstia assim lançado, escrito com clareza e método, tanto quanto com firmeza doutrinária, bem merece os aplausos com que foi recebido e precisa ser levado a cabo, para gáudio de quantos se preocupam com o problema do ensino jurídico.

Elaborou-se, para o curso de direito processual civil, programa sistemático, a desenvolver-se seriadamente pelos professores que, rotativamente, ensinam a disciplina, acompanhando cada qual sua turma do terceiro ao quinto ano do bacharelado. Pretende-se, dessarte, evitar as sinalefas no ensino, de molde a obter o estudante conhecimento de toda ela. Com êsse propósito, a matéria do primeiro volume inicia-se por estudo introdutório, ministrando o conceito, conteúdo e finalidade do direito processual civil, natureza das leis processuais e sua eficácia no tempo e no espaço, abrangendo, ademais, as condições técnico-jurídicas de tais leis e a história do processo civil, especialmente do brasileiro. Seguem-se capítulos sobre a organização judiciária, a jurisdição e competência e, por fim, a relação processual, o *punctum saliens* do processualismo moderno, a que GIUSEPPE CHIOVENDA imprimiu considerável realce, quase a ponto de fixar a linha lideira da processualística de nossos dias da antiga, posto fôsse buscar-lhe as origens, como para aumentar-lhe o prestígio, na sabedoria dos romanos.

Entra o segundo volume, em dois amplos capítulos, na matéria, propriamente, do processo e das provas, acompanhando, a par e passo, os textos do código do processo. Não se pôde, em verdade, ensinar direito positivo, e o processual principalmente, abstraindo dos códigos. É indispensável habituar ao seu manuseio aos que se iniciam no estudo do direito. Se êste é condição de vida e de desenvolvimento do indivíduo em sociedade, dêste próprio, o processo é o movimento e aplicação das normas jurídicas em busca de sua eficácia. Se o pretório tem muito de teatral, o processo apresenta muito de dramático. Nêle, e por via dêle, explodem sentimentos, paixões, caprichos. Por isso mesmo, é preciso animá-lo. Mais do que isso, vivê-lo. Mas vivê-lo sentindo, de perto, a norma, que é essência e forma, contida nos códigos, para continência das ambições humanas.

A teoria do processo é, por isso mesmo, sedutora. Mas a prática é a mestra da vida. Nos dois volumes do professor GARRIEL DE REZENDE FILHO, encontram-se uma e outra, sem excessos, comedidamente. Porque êles se destinam a iniciantes, não a iniciados.

W. F.

AVIO BRASIL, *O risco no direito marítimo*. — Empresa Gráfica Era Nova Ltda. Baía, 1943.

Dissertação é esta de concurso à catedra de direito comercial da Faculdade de Direito da Baía. Está dividida em tres partes, primeira, a do risco; segunda, a das avarias; terceira, a do seguro marítimo. O volume é, por isso mesmo, alentado, abrangendo quâse trezentas páginas. Desviou-se o autor da prática correnteia de apresentarem-se ao julgamento das bancas examinadoras e das congregações folhetinhos mirrados e rápidos, de quem cumpre a formalidade da inscrição, mais com o proposito de arriscar do que de obter a palma da vitoria.

Não quis o autor, no caso, correr êsse risco e tratou do risco, no direito marítimo, com largueza de vistas, enfrentando o problema na variedade de seus aspectos, corajosamente. Não se arreceiou de objeções a fazerem-se oportunamente ao seu trabalho; pelo contrário, abriu ensejo para que elas se formulem e possa êle enfrentá-las, demonstrando o seu conhecimento da materia de que se propõe ser professor catedrático.

A refôrma do ensino superior, tão adiada quanto anunciada e, afinal, irrealizada, deve ter em melhor conta essa prova do concurso, de molde a somente aceitar a inscrição de candidatos que apresentem trabalhos inéditos, de reconhecido valor científico, quando não demonstrem sua competência especializada pelo trato da disciplina e publicação de trabalhos monográficos. Ha muita gente que supõe que, para o concurso, basta a dissertação impressa. Isso é pouco, evidentemente.

A de que se trata revela compreensão das responsabilidades, versou o assunto em suas generalidades e nos pormenores e está escrita com clareza e correção e merece lugar de destaque na literatura juridico-mercantil.

W. F.

ANTONIO MARTINS FILHO, *Da liquidez do título de crédito na falência*. — Empreza Editora Fortaleza Ltda. Fortaleza, 1945.

Professor interino da cadeira de direito comercial na Faculdade de Direito do Ceará, e para disputar, em concurso, a efetividade da cátedra, escreveu ANTONIO MARTINS FILHO a propósito — *Da liquidez do título de crédito na falência*.

Assentou, de entrada, a seguinte tese:

“1. Na falência, onde é facultada a investigação da causa, pôde-se considerar ilíquido o título cambiário com vício de origem, desde que ainda em poder do primeiro titular.

“2. Mas, entrando o título em circulação e passando a terceiro adquirente de boa fé, já não mais lhe será oponível aquela exceção extra-cartular, nada obstando que êsse terceiro tenha ou não conhecimento do vício.

“3. Nesta hipótese, em que pese o arbítrio do juiz no perquirir e declarar a fraude, admitir-se-á na falência, com o caráter de obrigação mercantil líquida e certa, o título cambiário originariamente viciado, pois, em contraposição aos da massa, predomina um interêsse mais justo: o amparo legal à boa fé do terceiro adquirente”.

Desenvolveu o autor a tese assim enunciada em cinco capítulos: do crédito; dos títulos de crédito; do instituto da falência; dos títulos que concorrem à falência; e da liquidez do título de crédito na falência.

A matéria, que no regime da lei anterior se prestava a largo debate, vai ensejar controvérsias ainda maiores em face da lei de falências em vigor, constante do decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Erigiu êste, em seu primeiro artigo, o principio de que se considera falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.

Novo aspecto, como bem se percebe, agora se apresenta, para o característico da falência. Em face do novo texto, outras considerações poderiam e podem ser desenvolvidas, a despertarem a atenção dos juristas.

Desenvolvida a matéria em cento e o ilinte páginas do texto, resumia o autor, articuladamente, em vinte páginas. Pretendeu, com isso, facilitar a compreensão, poupando trabalho aos mais afôitos.

Mas o seu trabalho desperta maior interêsse, pelo grande número de questões trazidas ao debate. As atinentes às operações de credito e, principalmente, às relativas á letra de câmbio, são de maior alcance, em vista da insistencia com que se apresentam no processo falimentar.

Por tudo isso, a dissertação, de que se trata, e com a qual o autor conquistou a cátedra, que ambicionou, é digna do melhor apreço, escrita, como se acha, em estilo vivaz, que lhe não prejudica a clareza, auxiliado por metodo expositivo muito seguro.

W. F.

JORGE AMERICANO, *O novo fundamento do Direito Internacional e o seu esteio na consciência nacional.* — Editora Renascença, S. A. São Paulo, 1945.

Está em ebulição o problema, velho, mas sempre novo, do fundamento do Direito Internacional. Ainda fumegam os canhões da guerra mundial contra o fascismo e o nazismo. A Itália, Alemanha e o Japão, vencidos pela pujança irresistivel das forças das nações que contra êles se aliaram, são países vencidos e militarmente ocupados. Perderam todos suas personalidades juridicas de direito público externo. Desapareceram, no cenário das nacionalidades, como expressões estatais. Não passam de prêsas de guerra. Como e quando terminará o regime férreo a que se acham submetidos, ainda se não sabe, nem é licito prever, a menos que os sentimentos nacionais, em todos êles, se cristalizem pelo sofrimento e se organizem, pelo natural instinto de revolta e de defesa, explodindo em movimentos que provoquem a consciência universal, de molde a atender-lhes as reivindicações, que hão de surgir.

Não se esmagam povos milenarmente constituídos, sem que êles ressurjam das próprias cinzas. Existindo, entre as nações, principios, que precisam e devem ser respeitados, êsses são, indubitavelmente, os que constituem o direito internacional. Quais dêles devem aplicar-se aos povos vencidos, e em que medida e termos devem sê-lo?

A interrogação está feita por todas as consciências nacionais.

Terá por outro lado, a descoberta da bomba atômica como máquina de guerra mudado o sentimento humano? Terá ela a virtude de criar, para o mundo, regime de paz, que seja perene e inquebrantavel? Terá ela, sobretudo, por efeito atribuir aos países

vitoriosos e senhores do seu segredo, a posição perpétua de sentinelas da paz universal?

Elaboram-se, assevera-se, no momento que passa, novas bases para o “novo” Direito Internacional. Em conferências, que realizou, de maio a agosto de 1945, no Instituto dos Advogados de São Paulo, e no volume, de que se trata, enfileiradas, o professor JORGE AMERICANO, reitor da Universidade de São Paulo, se propôs demonstrar que a cultura democrática, defendida pelas nações unidas e vitoriosas, já fixou alguns pontos básicos para o Direito Internacional, a saber:

1º) Ha uma comunidade internacional, cujo esboço de organização foi tentado na formação da Liga das Nações e retomou-se em São Francisco;

2º) E’ dever da comunidade internacional assegurar a dignidade do homem (afirmação da Carta do Atlântico);

3º) E’ incompatível com tal segurança o conceito da “soberania absoluta” (afirmações reiteradas das Nações Unidas, de que a autodeterminação proclamada na Carta do Atlântico não se compadece com os regimes totalitários);

4º) A guerra é crime contra a segurança do mundo (afirmações das Nações Unidas, que no momento fazem o policiamento do mundo, de que os responsáveis pela guerra devem ser julgados por tribunais internacionais);

5º) Entre a guerra-crime, e a lei, não pode haver neutralidade (doutrina proclamada pelo conselheiro RUI BARBOSA na Conferência de Buenos Aires, 1915); e

6º) A comunhão internacional deve organizar-se em bases idênticas aos organismos do direito interno de cada país, tendo notadamente em vista a divisão dos poderes legislativo, executivo e judiciário (Conferência Interamericana de Jurisconsultos, Rio de Janeiro, 1943; Conferência de Dumbarton Oaks, 1944).

Nas conferências, que sobre tais téses proferiu, o eminente professor da Faculdade de Direito de São Paulo se propôs indagar se com tais bases é possível construir sistema equitativo; e o assunto foi esplanado pela grande multiplicidade de seus aspectos, constituindo magnífica contribuição científica para quantos se proponham examinar o complexo e torturante problema, que o ha de ser em todos os tempos.

LEVI CARNEIRO, *O Direito Internacional e a Democracia*.
— A. Coelho Ribeiro Filho, editor. Rio de Janeiro, 1945.

A história costuma repetir-se.

No meio de emoção geral e de silêncio impressionante, apresentou-se perante os plenipotenciários das nações aliadas, reunidas, aos 7 de maio de 1919, em Versalhes, o da Alemanha vencida, afim de receber das mãos fortes e vitoriosas de GEORGES CLEMENCEAU, o tratado de paz, que se lhe impunha. Em voz firme, nitida e cortante, pronunciou o Tigre pequeno e incisivo discurso, condigno da cerimônia memorável. Falou longamente o Conde BROCKDORFF-RANTZAU, penitenciando-se dos êrros que seu país cometera e dos crimes, que praticara. Aludiu à esperança de nova ordem internacional, tanto que vingassem os princípios, em que ela se assentaria, proclamados pelo Presidente WILSON, dos Estados Unidos da América do Norte, e dos quais a Liga das Nações seria a garante eficiente e executora.

“Os peritos”, disse o plenipotenciário alemão, “os peritos dos dois lados terão que examinar de que maneira o povo alemão poderá cumprir seu dever de reparação financeira, sem sucumbir sob o fardo, pois o seu afundamento traria incurável devastação da vida econômica da Europa. Os vencedores, como os vencidos, devem prevenir-se contra êsse perigo ameaçador, com os seus efeitos incalculáveis. Não ha senão um meio de evitá-lo: uma profissão de fé na solidariedade econômica de todos os povos reunidos numa livre Liga das Nações. O pensamento sublime de fazer surgir da maior desgraça da história a melhor ocasião de desenvolvimento da humanidade está formulado e vencerá”

Mas isso não aconteceu.

Incumbiu-se a própria Alemanha de impedir que aquele sublime pensamento se cristalizasse em realidade. Rompeu ela com o tratado de Versalhes. Rompeu com a Liga das Nações. Esboçou nova ordem internacional, que procurou fortalecer ao redor do eixo Berlim-Roma-Tóquio. Instituiu a sua doutrina e, sob o influxo desta, a prática internacional, que a levou a deflagrar a guerra em que ela sucumbiu, depois de seis anos de luta, vindo a ser ocupada pelos exercitos aliados, que a destruíram e estão a recompô-la.

Refez-se, ao termo daquela guerra, o conceito do direito internacional. Outro seria e embebido dos mais sadios preceitos de ordem moral. Dar-se-lhe-ia novo conteúdo. Novo espirito o animaria, mais humano, mais equitativo e, sobretudo, mais condizente com o novo ambiente internacional, que a paz propiciara.

Eis-nos, decorridos apenas vinte e cinco anos, em novo e idêntico momento, na expectativa de que, da maior desgraça da história, surja a melhor ocasião de desenvolvimento da humanidade. Políticos, juristas, sociólogos, economistas, financistas, militares, todos, emfim, aptos para a faina reconstrutora do mundo, estão alertas e à porfia, em busca de novos rumos e de novo conteúdo para o direito internacional, mediante a democratização das relações internacionais e da organização de cada Estado.

Esta é a tésé que LEVI CARNEIRO se propôs desenvolver, e vem, de ha muito, desenvolvendo, como se verifica no admiravel livro — *O Direito Internacional e a Democracia*, em que reuniu estudos, ensaios e orações sôbre aspectos, episódios e vultos da vida internacional, em tempos de paz e em tempos de guerra, escritos e pronunciados num período de quinze anos. Não obstante o tempo, que os separa, une-os e quase que lhes dá a uniformidade de sistema, a constância nos princípios e nos ideais. Por isso, o livro bem merece os aplausos, com que foi recebido.

Entre os seus capitulos, sobreleva o sôbre os — *Aspectos atuais do direito internacional*, por sua evidente oportunidade. Tendo salientado que a decadência dêsse direito se verificara porque seu objeto se reduzira quase na tentativa de regulamentar a guerra, alheando-se dos princípios fundamentais da moralidade cristã, assinalou LEVI CARNEIRO que êle agora se reergue sob o influxo de preocupações de ordem moral, entre as quais avulta a de extinguir a própria guerra. “Agora, antes de finda a segunda guerra mundial, presente-se a renovação do direito internacional. Êle se torna mais “jurídico”. Tende a restringir-se o arbitrio decorrente dos interesses e das conveniências de ordem politica; a fixarem-se as leis reguladoras de todas a relações internacionais; a organizarem-se tribunais idôneos, autorizados a aplicar sanções eficientes; a consagrarem-se os imperativos de ordem moral”. Por isso e para isso, apregôa-se o esboroamento do conceito de soberania, no campo do direito internacional, de molde a deparar-se limitado e restrito, em consonância com a necessidade suprema da paz, da ordem e da justiça entre os Estados. Certamente, cada Estado continuará a ser soberano, melhor se dirá autônomo, por conservar o govêrno próprio da coisa própria, legislando no interior de suas fronteiras e até onde as leis lhe reconheçam a extraterritorialidade, podendo, ademais, livremente manter relações com os outros Estados. A igualdade jurídica dos Estados é o cânone primacial.

Aspectos são êsses examinados por todos os prismas e nos seus reflexos sôbre a vida interna dos Estados e sôbre a vida, dentro dêles, dos individuos, ou, melhor, dos cidadãos. Cumpre reconhe-

cer-lhes os seus direitos de caráter internacional. Se, como súditos de um Estado, são sujeitos indiretos, como homens, membros da espécie e da sociedade, são sujeitos diretos do direito internacional.

Problemas desse teor e outros de maior tomo são examinados com largueza e em face da doutrina hodierna e do labôr das conferencias internacionais, ultimamente realizadas. Inúmeros outros, examinados com alto senso politico e juridico, tornam *O Direito Internacjonal e a Democracia* indispensavel aos que se dedicam ao estado da disciplina que empolga os cientistas de todo o mundo, cujos espiritos se voltam para a caminhada que os povos têm que fazer no sentido da ordem e da paz internacional, sob a égide dos principios democráticos.

W. F.

YOLANDA MENDONÇA, *Psicologia e arte nos anormais*. —
Oficinas Gráficas da Escola Técnica Parobé. —
Porto Alegre, 1945.

Doutora em Direito pela Faculdade da Universidade do Brasil e advogada militante, dedicou-se YOLANDA MENDONÇA aos estudos psico-analiticos. *Desenhos de loucos* foram os primeiros, publicados no Rio de Janeiro, em 1936. Seguiu-se, em 1939, *A arte dos surdos-mudos*. Vem, agora, a *Psicologia e arte nos anormais*. Cegos, delinquentes, loucos e histéricas são passados em revista, não apenas atravez de leituras de livros dos mais conceituados no assunto, senão, e principalmente, por via da observação direta.

Divide-se o livro em duas partes. Trata-se, na primeira, da arte em geral e da arte dos delinquentes e das histéricas, bem assim, e mais por alto, da dos loucos. Cuida-se, na segunda, da arte dos cegos.

Desse transunto decorre a importância do trabalho, que se lê sempre com interêresse crescente. São quase trezentas páginas em tipo miudo, de dissertação e de debate, bem assim de exposições de casos concretos e de pesquisas, examinados não apenas sob o seu aspecto artistico, senão ainda pelo prisma da criminologia. Inumeros documentos se deparam a esclarecer os pontos de vista científicos e a ilustrar as observações.

Insignes são os meritos, ademais, da escritora, de estilo vibrante e comunicativo.

W. F.

ÍNDICE GERAL DO VOLUME XL

ÍNDICE GERAL DO VOLUME XL

ASSUNTOS

HOMENAGEM

Professor Braz de Sousa Arruda — Redação	7
--	---

REMINISCENCIAS

Rui Barbosa e o Direito das Gentes — Braz de Sousa Arruda	17
---	----

DOCTRINA

O crime político e a fórmula de seu julgamento na ditadura fascista brasileira — Waldemar Ferreira	29
Fundações criadas por testamento — Mário Masagão	70
Medidas de Segurança — Basileu Garcia	77
O Direito e o Justo no crepúsculo da cultura helênica — Miguel Reale	113
Os três pilares da democracia — A. Almeida Junior	130
O direito e o senso comum — Candido Motta Filho	149
O Direito Internacional na última conflagração — José Dalmo Fairbanks Belfort de Mattos	163
Atos nulos e anuláveis contraídos de boa fé — Otávio M. Guimarães ..	194

PRELEÇÕES

Decisão e coisa julgada — Enrico Tullio Liebman	203
---	-----

BIBLIOGRAFIA

Juan Carlos Rébora, "Instituciones de la Familia" — Waldemar Ferreira	273
Enrique Diaz de Guijarro, "El impedimento matrimonial de enfermedad (Matrimonio y eugenesia)" — Waldemar Ferreira	277
Miguel Scolni, "Inutilidad, Peligrosidad y Nulidad de la Cláusula de Prórroga Automática en los Contratos de Sociedades Comerciales" — Waldemar Ferreira	279
Roberto Goldschmidt, "La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima" — Waldemar Ferreira	281

Agustin Vicente y Gella, "Curso de Derecho Mercantil Comparado" — Waldemar Ferreira	282
Eduardo J. Couture, "Proyecto de Código de Procedimento Civil" — Waldemar Ferreira	284
Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, "Curso de Direito Processual Civil", volume I — Waldemar Ferreira	289
Avio Brasil, "O risco no direito marítimo" — Waldemar Ferreira....	293
Antonio Martins Filho, "Da liquidez do titulo de crédito na falencia" — Waldemar Ferreira	294
Jorge Americano, "O novo fundamento do Direito Internacional e o seu esteio na conciencia nacional" — Waldemar Ferreira.....	295
Levi Carneiro, "O Direito Internacional e a Democracia" — Waldemar Ferreira	297
Yolanda Mendonça, "Psicologia e arte nos anormais" — Waldemar Ferreira	299

AUTORES

ALMEIDA JUNIOR (A. F. —) — Os três pilares da democracia — (Doutrina)	130
ARRUDA (Braz de Sousa —) — Rui Barbosa e o Direito das Gentes — (Reminiscencias)	17
FERREIRA (Waldemar —) — O crime politico e a fórma de seu julgamento na ditadura fascista brasileira — (Doutrina)	29
FERREIRA (Waldemar —) — Juan Carlos Rébora, "Instituciones de Familia — (Bibliografia)	273
FERREIRA (Waldemar —) — Enrique Diaz de Guijarro, "El impedimento matrimonial de enfermedad (Matrimonio e eugenesia)" — (Bibliografia)	277
FERREIRA (Waldemar —) — Miguel Scolni, "Inutilidad, Peligrosidad y Nulidad de la Cláusula de Prórroga Automática en los Contratos de Sociedades Comerciales" — (Bibliografia)	279
FERREIRA (Waldemar —) — Roberto Goldschmidt, "La Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima" — (Bibliografia)	281
FERREIRA (Waldemar —) — Agustin Vicente y Gella, "Curso de Derecho Mercantil Comparado" — (Bibliografia)	282
FERREIRA (Waldemar —) — Eduardo J. Couture, "Proyecto de Código de Procedimento Civil" — (Bibliografia)	284
FERREIRA (Waldemar —) — Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, "Curso de Direito Processual Civil", volume I — (Bibliografia)	289
FERREIRA (Waldemar —) — Avio Brasil, "O risco no direito marítimo" — (Bibliografia)	293
FERREIRA (Waldemar —) — Antonio Martins Filho, "Da liquidez do titulo de crédito na falencia" — (Bibliografia)	294
FERREIRA (Waldemar —) — Jorge Americano, "O novo fundamento do Direito Internacional e o seu esteio na conciencia nacional" — (Bibliografia)	295
FERREIRA (Waldemar —) — Levi Carneiro, "O Direito Internacional e a Democracia" — (Bibliografia)	297
FERREIRA (Waldemar —) — Yolanda Mendonça, "Psicologia e arte nos anormais" — (Bibliografia)	299
GARCIA (Basileu —) — Medidas de Segurança — (Doutrina)	77

GUIMARÃES (Otávio M. —) — Atos nulos e anuláveis contraidos de boa fé — (Doutrina)	194
MASAGÃO (Mário —) — Fundações criadas por testamento — (Dou- trina)	70
MATTOS (J. Dalmo F. B. de —) — O Direito Internacional na última conflagração — (Doutrina)	163
MOTTA FILHO (Cândido —) — O direito e o senso comum — (Dou- trina)	149
REALE (Miguel —) — O Direito e o Justo no crepúsculo da cultura helênica — (Doutrina)	113
REDAÇÃO — Professor Braz de Sousa Arruda — (Homenagem)	7
TULLIO LIEBMAN — (Enrico —) — Decisão e coisa julgada — (Pre- leções)	203



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).